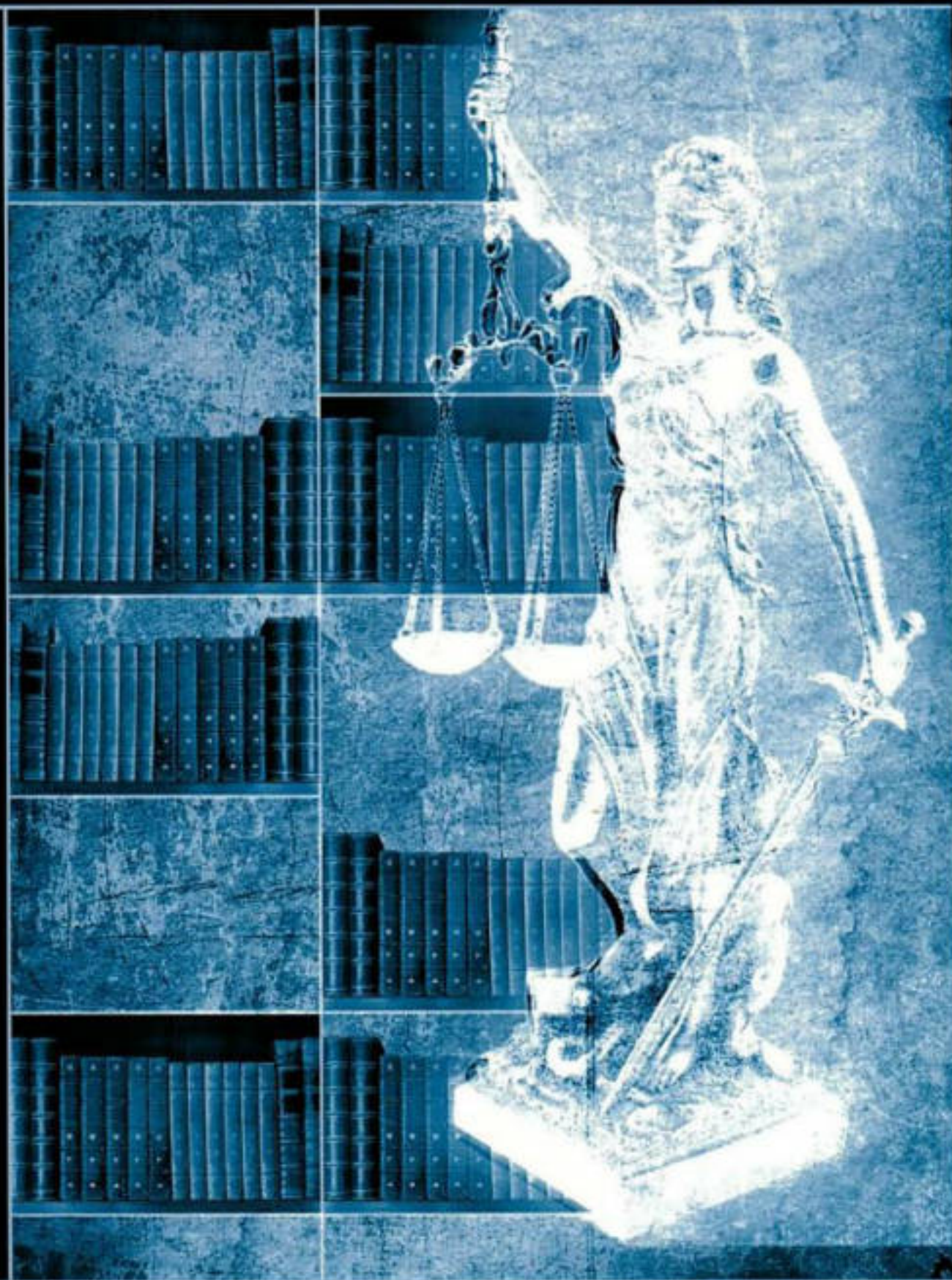


SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DOCTRINA



EDIÇÃO COMEMORATIVA - 20 ANOS
ABRIL/2009

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DOUTRINA

EDIÇÃO COMEMORATIVA - 20 ANOS



Brasília
abril/2009

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DOUTRINA

EDIÇÃO COMEMORATIVA - 20 ANOS

Ministro Fernando Gonçalves
Diretor da Revista



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GABINETE DO MINISTRO DIRETOR
DA REVISTA

Ministro Fernando Gonçalves	<i>Diretor</i>
Teresa Cristina Cesar Osório Ribeiro	<i>Assessor de Ministro</i>
Francisco Ribeiro de Oliveira	<i>Chefe de Gabinete</i>
Maria Angélica Neves Sant'Ana	<i>Assessores Judiciários</i>
Priscila Tentardini Meotti	
Francisco das Chagas Caetano Filho	<i>Oficiais de Gabinete</i>
Maria do Socorro Medeiros	
Bárdia Tupy Vieira Fonseca	<i>Assistentes</i>
Carlos Cardoso de Oliveira	
Gerson Prado da Silva	
Hekelson Bitencourt Viana da Costa	
Jéter Rodrigues	
José Vieira Júnior	
Max Günther Feitosa Albuquerque Alvim	
Sebastiana Alves de Oliveira	
Lucas Pricken de Oliveira	<i>Mensageiro</i>
Edmir Gomes da Silva Júnior	<i>Estagiários</i>
Samuel Mota Cardoso de Oliveira	

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

SAF/Sul - Quadra 6 - Lote 1 - Ed. dos Plenários - 2º Andar - Sala C-240
Brasília - DF - 70095-900
www.stj.jus.br
revista@stj.jus.br
Telefone (61) 3319-8803 Fax (61) 3319-8992

Publicação e Distribuição: **Via Lettera Editora e Livraria Ltda.**

www.vialettera.com.br
vialettera@vialettera.com.br
Rua Iperoig, n. 337, Perdizes.
05016-000 - São Paulo - SP
Tel./ Fax: (11) 3862-0760

B823s Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ).
Superior Tribunal de Justiça : doutrina : edição
comemorativa, 20 anos. – Brasília, DF : STJ, 2009.
592 p.
ISBN 978-85-7248-128-1

1. Tribunal superior, homenagem. 2. Direito,
coletânea. I. Título.

CDU 347.992(81)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PLENÁRIO

Ministro Cesar Asfor Rocha	<i>Presidente</i>
Ministro Ari Pargendler	<i>Vice-Presidente</i>
Ministro Nilson Naves	
Ministro Fernando Gonçalves	<i>Diretor da Revista</i>
Ministro Felix Fischer	
Ministro Aldir Passarinho Junior	
Ministro Gilson Dipp	<i>Corregedor-Nacional de Justiça</i>
Ministro Hamilton Carvalhido	<i>Corregedor da Justiça Federal</i>
Ministra Eliana Calmon	
Ministro Paulo Gallotti	
Ministro Francisco Falcão	
Ministra Nancy Andrighi	
Ministra Laurita Vaz	
Ministro Paulo Medina	
Ministro Luiz Fux	
Ministro João Otávio de Noronha	
Ministro Teori Albino Zavascki	
Ministro Castro Meira	
Ministra Denise Arruda	
Ministro Arnaldo Esteves Lima	
Ministro Massami Uyeda	
Ministro Humberto Martins	
Ministra Maria Thereza de Assis Moura	
Ministro Herman Benjamin	
Ministro Napoleão Maia Filho	
Ministro Sidnei Beneti	
Ministro Jorge Mussi	
Ministro Og Fernandes	
Ministro Luis Felipe Salomão	
Ministro Mauro Campbell Marques	
Ministro Benedito Gonçalves	

CORTE ESPECIAL

Sessões às 1ª e 3ª quartas-feiras do mês

Presidente	Ministro Cesar Asfor Rocha
Vice-Presidente	Ministro Ari Pargendler
	Ministro Nilson Naves
Diretor da Revista	Ministro Fernando Gonçalves
	Ministro Felix Fischer
	Ministro Aldir Passarinho Junior
Corregedor-Nacional de Justiça	Ministro Gilson Dipp
Corregedor da Justiça Federal	Ministro Hamilton Carvalhido
	Ministra Eliana Calmon
	Ministro Paulo Gallotti
	Ministro Francisco Falcão
	Ministra Nancy Andrigli
	Ministra Laurita Vaz
	Ministro Luiz Fux
	Ministro João Otávio de Noronha

PRIMEIRA SEÇÃO
Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês

Ministro Luiz Fux	<i>Presidente</i>
PRIMEIRA TURMA	<i>(Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)</i>
Ministra Denise Arruda	<i>Presidenta</i>
Ministro Francisco Falcão	
Ministro Luiz Fux	
Ministro Teori Albino Zavascki	
Ministro Benedito Gonçalves	
SEGUNDA TURMA	<i>(Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)</i>
Ministro Castro Meira	<i>Presidente</i>
Ministra Eliana Calmon	
Ministro Humberto Martins	
Ministro Herman Benjamin	
Ministro Mauro Campbell Marques	

SEGUNDA SEÇÃO
Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês

<i>Presidenta</i>	Ministra Nancy Andrichi
<i>(Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)</i>	TERCEIRA TURMA
<i>Presidente</i>	Ministro Sidnei Beneti Ministra Nancy Andrichi Ministro Massami Uyeda Ministro Vasco Della Giustina * Ministro Paulo Furtado **
<i>(Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)</i>	QUARTA TURMA
<i>Presidente</i>	Ministro Fernando Gonçalves Ministro Aldir Passarinho Junior Ministro João Otávio de Noronha Ministro Luis Felipe Salomão Ministro Carlos Mathias ***

* Desembargador convocado do TJ-RS

** Desembargador convocado do TJ-BA

*** Desembargador convocado do TRF 1ª Região

TERCEIRA SEÇÃO
Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês

Ministro Paulo Gallotti | **Presidente**

QUINTA TURMA | *(Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª
quintas-feiras do mês)*

Ministro Napoleão Maia Filho | **Presidente**

Ministro Felix Fischer

Ministra Laurita Vaz

Ministro Arnaldo Esteves Lima

Ministro Jorge Mussi

SEXTA TURMA | *(Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª
quintas-feiras do mês)*

Ministro Nilson Naves | **Presidente**

Ministro Paulo Gallotti

* Ministro Paulo Medina

Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Ministro Og Fernandes

** Ministro Celso Luiz Limongi

* Ministro licenciado

** Desembargador convocado do TJ-SP

COMISSÕES PERMANENTES

	COMISSÃO DE COORDENAÇÃO
<i>Presidente</i>	Ministro Fernando Gonçalves Ministro Felix Fischer
<i>Corregedor da Justiça Federal</i>	Ministro Hamilton Carvalhido
<i>Suplente</i>	Ministro Castro Meira
	COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO
<i>Presidente</i>	Ministro Francisco Falcão Ministra Laurita Vaz Ministro Teori Albino Zavascki
<i>Suplente</i>	Ministro Massami Uyeda
	COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO
<i>Presidente</i>	Ministro Aldir Passarinho Junior Ministro Hamilton Carvalhido Ministro Paulo Gallotti
<i>Suplente</i>	Ministra Nancy Andrighi
	COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA
<i>Presidente</i>	Ministro Nilson Naves Ministro Ari Pargendler
<i>Diretor da Revista</i>	Ministro Fernando Gonçalves Ministra Eliana Calmon Ministro Luiz Fux Ministro Arnaldo Esteves Lima

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Sessão à 1ª sexta-feira do mês

Presidente — Ministro Cesar Asfor Rocha
Vice-Presidente — Ministro Ari Pargendler

MEMBROS EFETIVOS

Corregedor da Justiça Federal — Ministro Hamilton Carvalhido
Ministra Eliana Calmon
Ministro Paulo Gallotti
TRF 1ª Região — Juiz Jirair Aram Meguerian
TRF 2ª Região — Juiz Joaquim Antonio Castro Aguiar
TRF 3ª Região — Juíza Marli Marques Ferreira
TRF 4ª Região — Juíza Silvia Maria Gonçalves Goraieb
TRF 5ª Região — Juiz José Baptista de Almeida Filho

MEMBROS SUPLENTES

Ministro Francisco Falcão
Ministra Laurita Vaz
Ministro Luiz Fux
TRF 1ª Região — Juiz Antonio Ezequiel da Silva
TRF 2ª Região — Juiz Fernando José Marques
TRF 3ª Região — Juíza Suzana de Camargo Gomes
TRF 4ª Região — Juiz João Surreaux Chagas
TRF 5ª Região — Juiz Paulo de Tarso Benevides Gadelha

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministro Felix Fischer
Corregedor-Geral

Ministro Fernando Gonçalves
Efetivo

Ministro Aldir Passarinho Junior
Substituto

Ministra Eliana Calmon
Substituta

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	17
A APOSENTADORIA COMPLEMENTAR DO MAGISTRADO (PROJETO DE LEI GOVERNAMENTAL) <i>José Arnaldo da Fonseca</i>	19
A DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA EM FACE DA EVOLUÇÃO DO DIREITO OBRIGACIONAL E OS LIMITES DE SUA APLICAÇÃO JUDICIAL <i>Napoleão Nunes Maia Filho</i>	35
A JUSTIÇA MILITAR <i>Sergio Ernesto Alves Conforto</i>	55
A LEI MARIA DA PENHA <i>Eliana Calmon</i>	61
AÇÃO RESCISÓRIA: A SÚMULA N. 343-STF E AS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA <i>Teori Albino Zavascki</i>	71
AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004 – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL OU PATRIMONIAL DECORRENTE DA RELAÇÃO DE TRABALHO INCLUSIVE DE ACIDENTE DO TRABALHO <i>Maria Cristina Irigoyen Peduzzi</i>	91
APONTAMENTOS SOBRE A EMPRESA, O EMPRESÁRIO, SOCIEDADES E FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE EMPRESA <i>Moema Augusta Soares de Castro</i>	111
APONTAMENTOS SOBRE ASPECTOS DA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO NA PERSPECTIVA DE UM NOVO ARQUÉTIPO CONTRATUAL <i>Luiz Edson Fachin e Uiara Andressa Brekailo</i>	139
ARBITRAGEM NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUA INTERNACIONALIZAÇÃO <i>Evandro Gueiros Leite</i>	185

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL <i>Luis Felipe Salomão</i>	199
BREVES APONTAMENTOS SOBRE O PROJETO DE LEI N. 4.206/2001, QUE TRATA DOS RECURSOS NO PROCESSO PENAL <i>Maria Thereza Rocha de Assis Moura</i>	225
CONSTITUCIONALIDADE DOS PROCEDIMENTOS EXTRAJUDICIAIS DE COBRANÇA <i>Waldemar Zveiter</i>	253
DIREITOS SOCIAIS – QUAL É O FUTURO? <i>Arruda Alvim</i>	265
DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: SEPARAÇÃO CONSENSUAL JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL <i>Humberto Martins</i>	299
EVOLUÇÃO DO ESTADO FEDERAL NO BRASIL <i>Enrique Ricardo Lewandowski</i>	317
INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO E ONEROSIDADE EXCESSIVA <i>Álvaro Villaça Azevedo</i>	333
MEDIDA CAUTELAR EM RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS: COMPETÊNCIA <i>Adroaldo Furtado Fabrício</i>	353
MUDANÇAS NO TRIBUNAL DO JÚRI <i>Jorge Mussi</i>	383
O ADVOGADO CREDOR DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA; LITISCONSORTE NECESSÁRIO NA AÇÃO RESCISÓRIA <i>Francisco Peçanha Martins</i>	389
O PODER JUDICIÁRIO – O QUE ESPERAR DO FUTURO <i>Carlos Alberto Menezes Direito</i>	407
O PRINCÍPIO <i>SENTENTIA HABET PARATAM EXECUTIONEM</i> E A MULTA DO ARTIGO 475-J DO CPC <i>Athos Gusmão Carneiro</i>	419

O RECURSO ESPECIAL EM AÇÃO RESCISÓRIA E O CONTENCIOSO CONSTITUCIONAL NO SUPERIOR TRIBUNAL <i>Nilson Naves</i>	441
O STJ E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI E ATO NORMATIVO <i>Nelson Nery Junior</i>	453
O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E OS PODERES DOS ÓRGÃOS DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: ALGUMAS REFLEXÕES <i>José Alexandre Buaiz Neto e Leonardo Peres da Rocha e Silva</i>	469
O USO DE ALGEMAS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA <i>Marco Aurélio Mello</i>	485
OS EMPREGOS DE CONFIANÇA NAS EMPRESAS ESTATAIS <i>Ilmar Galvão</i>	497
REGIME JURÍDICO DA CONTABILIDADE EMPRESARIAL <i>Fábio Ulhoa Coelho</i>	513
TRANSPARÊNCIA E PUBLICIDADE: AS EMPRESAS DE GRANDE PORTE À LUZ DA NOVA LEI N. 11.638/2007 <i>Modesto Carvalhosa</i>	525
TRIBUNAL DA CIDADANIA: 20 ANOS! <i>Antônio de Pádua Ribeiro</i>	541
UM SÍMBOLO NACIONAL NORTE-AMERICANO E O DIREITO DE EXPRESSÃO <i>Adhemar Ferreira Maciel</i>	547
VARIAÇÕES IMPOPULARES SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA <i>João Baptista Villela</i>	559
VOLUME DE PROCESSOS E INSTRUMENTOS DE SOLUÇÃO <i>Sidnei Beneti</i>	583

APRESENTAÇÃO

Esta coletânea de trabalhos jurídicos destina-se a registrar a comemoração dos primeiros vinte anos do Superior Tribunal de Justiça e da sua construtiva atuação jurisprudencial em torno dos mais insígnis valores da cidadania e da cultura democrática.

Ao longo dessas duas décadas de atividades, o *Tribunal da Cidadania* já se firmou e se confirmou na avaliação e na estima da comunidade jurídica nacional como o autorizado uniformizador da jurisprudência infraconstitucional do Brasil. Isso mercê da proficiência revelada na imensa quantidade de feitos julgados e decididos, bem como da qualidade intelectual dos seus Ministros – reconhecidos cultores do Direito e atentos observadores da cena pública da realidade brasileira –, em cujos espaços se criam problemas dos mais variados matizes, compondo desafios graves e urgentes, a que a Corte tem dispensado equacionamentos rápidos e eficazes, justos e compatíveis com a sua missão constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça tem sido o ponto do firme equilíbrio da ordem jurídica nacional, prezando ciosamente, de um lado, a autonomia judicante dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais naquelas searas em que devem, pelos lineamentos do ordenamento, proferir as soluções definitivas das lides. De outro lado, preservando, com idêntico esmero, o domínio jurisdicional reservado pela Constituição à cognição da Suprema Corte do País. Além disso, elaborando a jurisprudência uniformizadora do Direito Federal, que cumpre – como se sabe – um papel de altíssima relevância na integração da Federação, evitando ou prevenindo a proliferação de entendimentos díspares, entre os diversos Tribunais, a respeito de um mesmo ponto jurídico dotado da potencialidade de *deformar* o quadro de valores que cumpre preservar.

A recente inserção do procedimento relativo ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (Lei n. 11.672/2008 e Resolução n. 8, de 7.08.2008) veio reforçar a vocação deste Tribunal para o prefalado papel uniformizador, que contribui para estabilizar os entendimentos da Justiça sobre temas jurídicos de interesse nacional e fixa demarcações pelas quais se aumenta o quociente da previsibilidade das soluções jurisdicionais de ampla repercussão. Dessa forma, têm-se

maximizado a segurança e a certeza que com insistência se reclamam da Justiça e tem-se eliminado a aleatoriedade que produz tantas dúvidas e igual descrédito.

Os textos doutrinários aqui registrados, que trazem a marca intelectual de exímios Juristas – Ministros deste ou de outros Tribunais e doutrinadores de reconhecida proficiência –, tratam de temas atuais, importantes e oportunos, como se pode constatar pela relação dos trabalhos sumariados.

Os artigos cobrem um panorama vasto e variado, permeando reflexões e críticas a respeito da evolução do Direito brasileiro em geral, além de aspectos da compreensão de certas leis ou dos rumos e tendências da jurisprudência, bem como avançam doutrinas que serão objeto de posterior pormenorização, graças aos esforços interpretativos subseqüentes que a sua assimilação motivará.

Tenho a mais segura convicção de que todos auferiremos grande proveito na leitura e na consulta destes textos, que refletem o estágio de amadurecimento intelectual da nossa cultura jurídica e potencializam, como disse, o desenvolvimento de novos raciocínios construtivos, caminho que todos proclamam ser o que conduz à expansão e consolidação dos ideais do Direito, a que servimos.

O diligente e culto Diretor da Revista do Tribunal, eminente Ministro Fernando Gonçalves, conseguiu, com a sua prestigiosa equipe de colaboradores, organizar uma seleção de textos jurídicos de inestimável qualidade técnica e de manifesta atualidade e interesse, o que lhe basta para merecer os nossos encômios. É justo, porém, assinalar o seu empenho em promover a tiragem desta publicação a tempo de marcar os vinte anos desta Corte.

Cumprimento, portanto, o Ministro Fernando Gonçalves pela edição da revista comemorativa dos vinte anos do Tribunal, a cada um dos seus colaboradores e aos doutos Juristas que aqui deixaram a sua contribuição valiosa, agradecendo a todos pelo prestígio intelectual que acrescem com os seus primorosos trabalhos.

Ministro Cesar Asfor Rocha
Presidente do Superior Tribunal de Justiça

**A APOSENTADORIA COMPLEMENTAR DO
MAGISTRADO
(PROJETO DE LEI GOVERNAMENTAL)**

José Arnaldo da Fonseca

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça



**A APOSENTADORIA COMPLEMENTAR DO MAGISTRADO
(PROJETO DE LEI GOVERNAMENTAL)**

José Arnaldo da Fonseca

1 - BREVE ESCORÇO

Lembra-se que o art. 40 da Constituição, na redação primitiva, fiel à tradição, preservou os princípios da integralidade e da paridade, na concessão de aposentadoria, observando o fator tempo de serviço e o regime retributivo, pelo qual o custeio da previdência do servidor promana dos tributos em geral.

Com a Emenda Constitucional n. 20/1998, o legislador constituinte deu os primeiros passos para a reforma da previdência, substituindo o regime retributivo pelo contributivo, ou seja, aquele que se sustenta em contribuições para o seu custeio, com vistas a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial. Mantiveram-se, contudo, os princípios da integralidade e da paridade, vale dizer, os proventos de aposentadoria têm por base a remuneração do servidor no cargo efetivo em que ocorresse a aposentadoria, e correspondiam à totalidade da remuneração (integralidade) e guardando conformidade com a remuneração do cargo (paridade).

A nota preponderante é que a aposentadoria, em regra, se dará com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, de moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, designadas em lei, e se atendidos os requisitos na legislação até então vigente. Enfim, a EC n. 20 estabeleceu tempo de contribuição e de idade mínima.

Em 2003, sobreveio a EC n. 41. Esta, sim, rompe com o sistema da integralidade e da paridade e submete o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo, no que couber, aos requisitos e critérios fixados para o regime geral da previdência social, e dispõe que a Lei Complementar fixará normas para a instituição de regime de previdência complementar para União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Ressalvou, todavia, aos servidores que ingressaram antes do novo sistema de aposentadoria complementar o direito de opção.

2 - REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Convém sublinhar que, pelo parágrafo 14, do art. 40, cabe aos entes políticos instituir regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores. Portanto, fica na competência da pessoa jurídica de direito público inaugurar o novo regime. Uma vez instituído, a submissão do servidor é obrigatória, como se depreende da leitura do parágrafo 16, pelo menos em relação à sua inclusão no regime geral da previdência social.

Dito isto, passemos a esboçar, brevemente, os contornos dessa modalidade de previdência.

É de caráter contributivo, de contribuição definida, quer dizer, sob regime de capitalização pelo qual “o servidor contribuirá com base em uma alíquota fixa, acumulando recursos até a data de sua aposentadoria, quando, então, será feito um cálculo atuarial estabelecendo o valor da aposentadoria a que terá direito.”

Em verdade, é um sistema híbrido: parte constitui regime próprio, porquanto assegura ao servidor parcela básica de benefício definido, previsto no plano geral de previdência social, e a outra parte advém do fundo de pensão, em modelo de capitalização, mediante contribuição definida de até 7,5% (sete vírgula cinco por cento), do servidor e de igual valor, do empregador, é essa capitalização que pagará o benefício complementar.

A capitalização e a gestão do fundo operam-se através de Fundação, de natureza fechada.

3 - PERÍODO DE TRANSIÇÃO

Antes da instituição do regime contributivo de previdência, adotou-se o retributivo em que se leva em conta o tempo de serviço. É curial que, na passagem de um a outro regime, se deparem com situações quase consolidadas. Daí haver o legislador estabelecido o critério de considerar como tempo de contribuição o tempo de serviço, sob pena de se praticar arrematada injustiça de longo alcance social. Ou por outra, ressaltou direitos que ainda não haviam se constituído, na dicção do Prof. José Afonso da Silva: “pode proteger situações jurídicas subjetivas de vantagem que ainda sequer tenham alcançado a configuração de direito subjetivo” (art. 8º, EC n. 20/1998 e 6º, EC n. 41/2003). (*Comentário Contextual à Constituição*. Malheiros Ed. 2005, p. 372).

No caso, o dispositivo constitucional lança para frente a garantia do servidor público ao revogado regime de integralidade e paridade dos proventos, cujo valor deva corresponder ao total da remuneração do servidor no cargo efetivo que vier a aposentar-se, *desde que atendidos* os requisitos inscritos nos incisos do art. 6º, da EC n. 41/2003: idade de 60 anos, se homem; e 55, se mulher; tempo de contribuição (35 anos se homem, e 30, se mulher); 20 anos de efetivo exercício no serviço público; 10 anos de carreira e 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria. Ou, ainda, ressaltados esses casos, com proventos integrais se atendidas as condições da EC n. 47/2005 em que se acresce a exigência de 25 anos de efetivo exercício no serviço público.

4 - A DIRETRIZ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

E aqui, um aspecto há de ser ressaltado. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.104-DF, Relatora Ministra Carmen Lúcia, intentada pela Associação Nacional dos Membros do M. P. - CONAMP, com admissão de outras entidades na condição de *amicus curie*, impugnando os arts. 2º e 10º, expressão “8º”, da EC n. 41/2003, que acrescentavam mais exigência para aposentadoria por maioria.

Colendo Supremo Tribunal Federal, entende:

1) em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade;

2) somente os servidores públicos que preenchiam os requisitos fixados na EC n. 20/1998, durante a vigência das normas por ela estabelecidas, poderiam reclamar a aplicação das regras nela contida, com fundamento no art. 3º, da EC n. 41/2003;

3) os servidores públicos, que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na EC n. 41/2003, posteriormente alterada pela EC n. 47/2005.

Manteve a Corte a diretriz de que inexistente direito adquirido a regime jurídico previdenciário. O direito à aposentadoria configura-se para o beneficiário no momento em que reúne as condições constitucionais e da lei para o seu exercício. Assim, eventual alteração viola o inciso XXXVI, do art. 5º, da lei Magna. Em resumo, enquanto não preenchidos os requisitos previstos na legislação então vigente, inexistente direito subjetivo, não se aperfeiçoou direito adquirido, podendo o servidor submeter-se a novo regime previdenciário.

A esse entendimento, opuseram-se os Ministros Carlos Brito, Celso de Mello e Marco Aurélio, sustentando em resumo, dever-se observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, emprestando-lhes o caráter petrio do inciso IV, § 4º, do art. 60, da Carta Política. Assim, sustentou a divergência, o servidor ingressa por concurso público, debaixo de certas regras assecuratórias de uma dada aposentadoria e depois vê ele mudadas as regras ao talante do legislador. O Ministro Gilmar Mendes, embora na linha da maioria, conclamou à maior reflexão sobre direito adquirido e expectativa de direito, chegando a cunhar esta expressiva frase: ante alterações com nova emenda “corrida de obstáculo com obstáculo em movimento”.

Vale ressaltar que uma coisa é a reunião dos requisitos para a aposentadoria. Outra é o direito genérico à aposentadoria, sob o regime retributivo que as próprias emendas resguardaram da alteração.

Esse, sim, constitui direito adquirido e não há preceito que o afaste, sob pena de violar o postulado consagrado no texto constitucional art. 5º, inciso XXXVI. Portanto, quem ingressar no serviço público antes da instituição do regime de aposentadoria complementar tem assegurado o direito de nele aposentar-se.



5 - DIREITO SUBJETIVO AO REGIME DE PREVIDÊNCIA

Disso se extrai que as Emendas preservaram o direito subjetivo ao regime de previdência vigente ao tempo do ingresso do servidor no serviço público, mas não lhe assegurou a aposentadoria sob as condições então existentes e ainda não preenchidas, mas às previstas ao tempo da aposentação, sob a égide do art. 40, com as alterações das Emendas n. 20, 41 e 47.

6 - A CONTRIBUIÇÃO DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Em setembro de 2005, o Conselho da Justiça Federal aprovou proposta de anteprojeto de lei, dispondo sobre a instituição do novo sistema em âmbito dos magistrados e servidores do STJ, do Conselho, dos Tribunais Regionais Federais e das Seções Judiciárias da Justiça Federal de 1º grau, com possibilidade de adesão dos demais órgãos judiciários federais. Enfatizou, o então Presidente, ministro Edson Vidigal, ao encaminhar o trabalho à chefia de Governo, que o anteprojeto “advém da prerrogativa da independência e autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário para gerir, nessa qualidade, seu próprio fundo previdenciário.”

O governo não deu curso à proposta à alegação de haver dificuldade sob “o ponto de vista jurídico e da eficiência do Estado na aplicação dos recursos públicos associados aos riscos atuariais e fiscais embutidos”, acrescentando que Grupo de Trabalho Interministerial havia sido formado e futuramente seria apresentada proposição final do projeto de lei, com a promessa de serem convidados órgãos dos demais Poderes para colaborarem na proposição final do projeto de lei.

À instância do Presidente da AJUFE, para o Conselho da Justiça Federal criar comissão com o objetivo de formular sugestões sobre o sistema previdenciário próprio, redundou em o Conselho realizar seminário nos dias 18 e 19 de junho de 2007, pelo seu Centro de Estudos Judiciários, com participação de representantes dos demais órgãos do Poder Judiciário bem como dos Poderes Executivo e Legislativo, nomeadamente o Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, Dr. Paulo Bernardes, do Presidente da Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, Dr. Antônio

Pimentel de Mello, da Economista Solange Paiva Vieira e do então Presidente da AJUFE, Juiz Federal Walter Nunes, sob a coordenação do Vice-Presidente do STJ, na época, Ministro Peçanha Martins e colaboração do Secretário Geral, Dr. Alcides Diniz.

À exceção do Ministro Paulo Bernardo, é claro, levantaram-se sérias dúvidas na implementação da Previdência Complementar sob fundo único, englobando todos os membros e servidores dos três Poderes que se resumem nestes tópicos:

a) dificuldades motivadas pela diversidade de características dos entes federativos, pelas peculiaridades das carreiras do Poder Executivo e do Poder Judiciário, no tocante à remuneração;

b) a estrutura de um fundo único pode fazer com que o Judiciário suporte a maior parte dos custos administrativos;

c) o Poder Judiciário é integrado por 107 mil servidores e renda média de R\$ 12.000,00 (doze mil reais); o Executivo apresenta um quadro com 915 mil servidores e renda média de R\$ 3.600,00 (três mil e seiscentos reais); o Legislativo, 34 mil servidores e renda média de R\$ 11.300,00 (onze mil e trezentos reais).

d) o Judiciário teria, assim, de pagar a taxa de administração de funcionários com salário bem menor;

e) a estrutura decisória dos fundos é dada por um Conselho de Administração composto por representantes da entidade patrocinadora e dos participantes. E, no Brasil, a tradição é que esta representação seja definida mais pelo número de participantes do que pela renda média, em outras palavras, a estrutura do poder “tenderá a ser equalizada pelo quantitativo dos grupos, antes do que pela renda e/ou patrimônio que este pode agregar”, conclui a economista Solange Paiva.

7 - A POSIÇÃO DA AJUFE

A AJUFE tem sustentado que além de não trazer vantagem alguma para magistrados e servidores da Justiça Federal, inviável é a adoção de um fundo único de previdência. Com dados concretos, enfatiza que os servidores públicos não são responsáveis pelo déficit atual da Previdência Social, posto desde a criação, em 1938, do IPASE - Instituto de



Previdência e Assistência dos Servidores do Estado, que se fixaram alíquotas de contribuição variáveis para todos os servidores federais.

Extinto o Ipase, em 1991, continuaram a contribuir com alíquota única de 11%.

Acentua, por outro lado, não haver contribuição da União para a formação do fundo previdenciário dos servidores públicos, apesar de determinação constitucional (art. 40, *caput*). E, no âmbito específico da Justiça Federal, com dados do Conselho, esboça este quadro: “Um Juiz Federal, contribuindo com 11% dos seus subsídios, o que dá por volta de R\$ 2.200,00 (dois mil e duzentos reais) por mês, durante 35 anos, a renda propiciada a título de proventos diante da massa de recursos constituída, seria superior a R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais). E arremata: um fundo único não pode ser equilibrado, na medida em que mais de 95% (noventa e cinco por cento) dos seus integrantes seriam do Poder Executivo, ficando os integrantes do Judiciário e do Legislativo em flagrante minoria. Assim, se instituído o Fundo, que não seja único.

8 - PROPOSTA GOVERNAMENTAL

Concluídos os trabalhos da Comissão Interministerial, em maio de 2007, apresentou o Governo em setembro subsequente, à deliberação do Congresso Nacional, a proposição que tomou o n. PL 1992/2007, instituindo o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais, em geral, incluindo membros do Judiciário, do MP e do Tribunal de Contas da União, que recebeu até o momento 57 emendas, com requerimento de urgência para sua apreciação, assinado por um terço dos membros da casa legislativa, em 05.03.2008.

DA JUSTIFICATIVA DO PROJETO

a) recomposição do equilíbrio da previdência pública e garantia da sua solvência a longo prazo, ou seja, a existência dos recursos necessários ao pagamento dos benefícios pactuados;

b) redução da pressão sobre os recursos públicos crescentemente alocados à previdência, permitindo recompor a capacidade de gasto público em áreas essenciais;

c) criação de um fundo de pensão único para todos os servidores públicos federais estatutários, incluídos os membros do Poder Judiciário, Ministério Público da União e Tribunal de Contas;

d) tratamento isonômico entre trabalhadores do setor público e da iniciativa privada;

e) desoneração de obrigações da União de modo gradual, posto que os valores dos benefícios superiores ao teto do Regime Geral da Previdência Social advirão do sistema complementar, e não mais do Tesouro Nacional;

f) maior possibilidade de ganho em escala, por ser entidade única, menor custo de administração;

g) autonomia administrativa, financeira, gerencial à direção do Fundo, a compartilhar-se entre os três poderes.

E por fim conclui que a Fundação a ser criada tende a ser a maior entidade fechada de previdência complementar no mercado brasileiro, tanto em número de participantes como em volume de recursos administrados, com o que se estimulará a demanda por ativos no mercado financeiro e de capitais, viabilizando o fortalecimento do mercado secundário de títulos e promovendo maior liquidez.

9 - DOIS REPAROS DE ORDEM INSTITUCIONAL

a) O inciso XIX, do art. 37, da Magna Carta exige não só lei específica para autorizar a instituição de fundação, como também diz caber à lei complementar, neste caso, definir as áreas de sua atuação.

Pois bem, antes da aprovação da lei complementar definindo essas áreas, o governo se antecipa e remete a proposta da criação da Fundação, sem aguardar a definição da área;

b) O § 15, do art. 40, estabelece que o regime de previdência complementar dar-se-á por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar de *natureza pública*.

O projeto de lei prevê a criação de fundação de natureza privada. Sabe-se que em texto constitucional não existem palavras inúteis.

De certo, para o objetivo a que se pretende imprimir à Fundação, a proposta governamental não a estimaria de direito público, a que se aplicam todas as normas, direitos, restrições e controles pertinentes às autarquias. É de duvidosa constitucionalidade, no ponto, a mudança. É que o legislador constituinte pretraçou o perfil do novo órgão gestor, a Fundação, de direito Público.

Confira-se este tópico da exposição de motivos, assinada pelos Ministros do Planejamento, Fazenda e da Previdência Social:

13. ... pela EC n. 41, de 2003, determina que a entidade deve possuir natureza pública.

14. A opção do projeto de Lei foi pela constituição de uma fundação com personalidade jurídica de direito privado, conforme previsto no parágrafo único do art. 4º. Como pessoa jurídica de direito privado, a Funpresp, estará sujeita a um regime similar ao das empresas estatais.

10 - INCERTEZA PARA OS NOVOS SERVIDORES PÚBLICOS

Criada a Fundação, revela-se incerta a situação dos servidores públicos sob o novo sistema.

1) Primeiro, definida e certa, será somente a sua contribuição para o Fundo. O benefício, não. Será ele pago de acordo com os rendimentos de suas reservas individualizadas, a dependerem de planos de custeio, formação de reservas para garantir os benefícios, fundos, provisões e cobertura das demais despesas, operação do mercado financeiro, tudo isso sem efetivo controle, sem esquecer que o Fundo pode quebrar.

2) Sobretudo, os prejuízos e riscos maiores serão mais sentidos pelos servidores do Poder Judiciário e do Ministério Público. É que, pelo que contribuem, o sistema previdenciário quanto a eles tem se mostrado hígido e em termos atuarias saudável. Temos esta conta: para cada aposentado há mais de 4 (quatro) na ativa. Número que se eleva para 7 (sete) na Justiça Federal.

3) A contribuição será da ordem de 7,5% (sete vírgula cinco por cento), sendo 5% (cinco por cento) para capitalizar a reserva individual

e 2,5% (dois vírgula cinco por cento) para os benefícios de risco e custeio administrativo da entidade de previdência complementar. A União, de seu lado, contribuirá com igual percentual da do servidor. E indaga-se: há instrumento legal adequado a obrigar a União a cumprir com a sua contribuição? É sabido que a União não tem contribuído com a sua parte na composição das aposentadorias sob o regime vigente. E não há garantia de não se repetir com o novo sistema.

4) Segundo dados do Secretário de Política de Previdência Social, do Ministério da Previdência, Dr. Helmut Schwarzer, estima o governo um impacto fiscal de R\$ 10 bilhões nos primeiros 20 anos de funcionamento da Fundação, para compensar a perda de receita que a União terá com a migração de servidores para o novo sistema. E o custo de transição. Prevê que o número de servidores atuais a aderir ao Plano é entre 3% a 5%. (28º Congresso Brasileiro dos Fundos de Pensão, em Belo Horizonte - Correio Brasiliense 08.11.2007)

11 - DAS SITUAÇÕES DOS SERVIDORES QUE NÃO IMPLEMENTARAM AS CONDIÇÕES PARA A APOSENTADORIA

As EC n. 20/1998 e 41/2003, expressamente não só respeitaram o direito adquirido àqueles que implementaram as condições para a aposentadoria, e não poderia deixar de o fazer ante o inc. XXXVI, art. 5º da Lei Magna, como foi mais longe: preservaram situações jurídicas que ainda não haviam se consolidado, ou seja, o servidor que já mantinha relação efetiva estatutária, continua sob o antigo regime de integralidade e paridade submetido, contudo, ao aposentar-se, às condições mínimas de contribuição, de idade e de anos no serviço público para ter direito aos proventos iguais à remuneração do cargo em que ocorre a aposentadoria. Ou por outra, até a data da publicação do ato de instituição do regime de previdência complementar, salvo se expressamente optar pelo novo sistema. É o que José Afonso da Silva chama de *“direito subjetivo ao regime de aposentadoria na medida em que preserva o direito de se aposentar basicamente nas mesmas condições previstas no momento em que o servidor ingressou no serviço público*. E aí, essa situação jurídica subjetiva transforma-se em direito adquirido, amparado pelo inc. XXXVI, art. 5º, da Constituição, não podendo norma nova modificá-lo”. Vão coexistir, por largo tempo, os dois sistemas.



Dito isto, temos este quadro:

A) Sob o regime da EC n. 20/1998: Alterou a redação do art. 40, a aposentadoria com proventos integrais continuou a ocorrer nos casos de: a) acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave contagiosa e incurável na forma da lei; b) aos 60 anos de idade e 35 anos de contribuição, se homem, 55 anos de idade e 30 anos de contribuição, se mulher, e desde que cumpridos 10 anos de efetivo exercício no serviço público e 5 anos no cargo em que ocorrer a aposentadoria. Nos demais casos, é proporcional ao tempo de contribuição.

Fixou regra de transição no art. 8º: 53 anos de idade e 35 anos de contribuição, se homem; 48 anos de idade e 30 de contribuição, se mulher 5 anos de efetivo exercício no cargo, em período adicional de contribuição equivalente a 20% do tempo, faltante para atingir o limite de tempo acima.

B) Com a EC n. 41/2003, estabelece-se o regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e pensionistas, com vistas a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial.

Por essa Emenda n. 41/2003, dar-se-á aposentadoria, *com proventos integrais*, a) Por invalidez permanente quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa e incurável, especificada em lei; b) se preencher cumulativamente estas condições:

(i) 60 anos de idade e 35 anos de contribuição, se homem; 55 anos de idade e 30 anos de contribuição se mulher;

(ii) 20 anos de efetivo exercício no serviço público;

(iii) 10 anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

C) Nos demais casos (compulsória aos 70 anos e voluntária com 65 anos, se homem, e 60, se mulher), os proventos serão proporcionais ao número de contribuição.

Por fim a EC n. 47/2005 (art. 3º), ressaltando o direito de opção à aposentadoria pelas regras do art. 40, da CF ou pelas regras dos arts.

2º e 6º da EC n. 41/2003, o servidor, ingressado no serviço público até 16.12.1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preenchido os seguintes requisitos: 35 anos de contribuição, se homem, 30, se mulher; 25 anos de efetivo exercício público, 15 anos de carreira e 5 no cargo em que se der a aposentadoria.

12 - O NOVO REGIME

Desde que instituído o regime de previdência complementar para o servidor efetivo que vier a ingressar no serviço público e os atuais que expressamente optarem por ele, o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas observará o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) de que trata o art. 201, da Carta da República. É o chamado regime próprio. Para ele, o servidor contribuirá com 11% (onze por cento) sobre o limite máximo de contribuição, atualmente em torno de R\$ 2.894,00 (dois mil oitocentos e noventa e quatro reais), e a União, com o dobro, 22% (vinte e dois por cento).

Assim, o servidor público, implantada a previdência complementar se submeterá a um regime misto, se, for ele optar ou ingressar no serviço público após a sua implantação:

- a) o geral da Previdência Social, básico, até o teto do previsto para a previdência privada;
- b) o que exceder o teto sofrerá a incidência de até 7,5% (sete vírgula cinco por cento), contribuindo o ente patrocinador com igual percentual.

Em resumo: o servidor terá 2 benefícios na aposentadoria: i) o do regime próprio limitado ao teto do INSS; ii) um complementar equivalente às reservas que acumular no Fundo de Pensão.

Por fim, convém ressaltar que o servidor que ingressar após a instituição do novo sistema, obrigatoriamente se submeterá ao Regime Geral da Previdência Social, mas é-lhe facultado contribuir ou não para a aposentadoria complementar. É o que decorre da leitura do texto constitucional com as citadas EC n. 20 e 41.

13 - O ATUAL SERVIDOR QUE OPTAR PELO NOVO REGIME

O art. 3º, parágrafo 1º, do Projeto do Executivo acena com um benefício especial ao servidor que aderir ao novo regime, isto é, que se encontra no atual regime se transfira para a previdência complementar.

Realça o Dr. Roberto Policarpo, Coordenador Geral do Sindjus, que esse benefício é um engodo, uma armadilha porque, são suas palavras:

O seu valor máximo é a diferença entre a média da base de cálculo das contribuições previdenciárias de até 65 remunerações anteriores à adesão e o teto dos benefícios do Regime Geral, R\$ 2.894,28 (dois mil oitocentos e noventa e quatro reais e vinte e oito centavos), em abril de 2007. Exceto isso, o valor do benefício especial é proporcionalmente reduzido pelo tempo de contribuição, mediante a aplicação de um fator de conversão.

Diante de um quadro de incertezas e perplexidade, não é factível romper-se com um sistema tradicional que, no tocante ao judiciário, se mostrou sustentável, e se houve e há déficits devem-se aos governos que não fizeram o aporte dos recursos que cabiam e cabem à União. É preciso, portanto, antes da ruptura, ouvir os diversos segmentos, não só aqueles diretamente interessados, mas outros também, que têm consciência da necessidade de prestigiar o servidor público, instrumento da atuação do Estado, para que possa resultar em prestação de serviço de melhor qualidade, e constituir um estímulo, *máxime* aos que optam por carreiras de Estado, qual a magistratura e o Ministério Público, que exigem devotado esforço e dedicação exclusiva, e possam ser recrutados melhores quadros.

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA
EM FACE DA EVOLUÇÃO DO DIREITO
OBRIGACIONAL E OS LIMITES DE SUA
APLICAÇÃO JUDICIAL**

Napoleão Nunes Maia Filho

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal
do Ceará e livre docente em Direito Processual pela
Universidade do Vale do Acaraú-CE
Professor licenciado de Processo Civil na Faculdade de
Direito da UFC*



**A DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA EM FACE DA EVOLUÇÃO DO
DIREITO OBRIGACIONAL E OS LIMITES DE SUA APLICAÇÃO JUDICIAL**
Napoleão Nunes Maia Filho

Sumário: 1. Introdução. 2. Visão resumida da chamada teoria da desconsideração da personalidade jurídica. 3. Breve síntese da evolução normativa da desconsideração da personalidade, no Brasil. 4. Limites da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil de 2002. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Mantém-se permanente, desafiador e instigante, o sempre fascinante tema da *desconsideração da pessoa jurídica ou da personalidade da pessoa jurídica ou, ainda, da personalidade societária*, no domínio do Direito Obrigacional, que tem sido objeto do interesse de eminentes juristas do País, máxime em face da chamada *crise da função do conceito de empresa*, enriquecida mais recentemente, com a absorção, pelas estruturas empresariais privadas, como se sabe, do dever jurídico de realizar macro-objetivos visados pelo Direito na atualidade.

Sem embargo dessa re-orientação jurídica, indicando - *e até mesmo impondo* - às empresas o atendimento de valores éticos e sociais, é certo que muitas vezes - *ou até mesmo quase sempre* - os estatutos das entidades privadas e os seus contratos sociais explicitam-lhe apenas *fins essencialmente privatísticos*, mais vinculados, naturalmente, ao legítimo interesse dos empresários capitalistas em maximizar o proveito dos seus investimentos produtivos.

Coube ao Professor RUBENS REQUIÃO, emérito jurista e doutrinador brasileiro, da Universidade Federal do Paraná-UFPR, a primazia dos primeiros estudos sobre a desconsideração da personalidade jurídica, no Brasil, em explanação que fez em memorável conferência na Faculdade de Direito da UFPR, na qual divulgou o pensamento do jurista alemão ROLF SERICK, tido como o iniciador da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, na Europa, no começo dos anos 50 do século XX (Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica - *Disregard Doctrine*, RevTrib 410/12, São Paulo, RT).

O mesmo tema foi depois desenvolvido mais amplamente pelo eminente Professor REQUIÃO, no seu consagrado Curso de Direito Comercial (São Paulo, Saraiva, 1971), onde o mestre lançou as bases científicas da desconsideração da pessoa jurídica, dentro dos seguros limites do sistema de Direito Positivo Brasileiro (ob. cit, vol. I, p. 177).

Já no ano seguinte, o genial PONTES DE MIRANDA deu novos e mais profundos fundamentos ao citado tema, inserindo-o no seu monumental Tratado de Direito Privado (Rio de Janeiro, Borsó, 1972); a Professora MARIA HELENA DINIZ, da Universidade de São Paulo, também dedicou grande atenção a esse assunto (Código Civil Anotado, São Paulo, Saraiva, 1993), que já fora ampliado pelo Professor FÁBIO KONDER COMPARATO (O Poder de Controle na Sociedade Anônima, São Paulo, RT, 1977), pelo Professor JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA (A Dupla Crise da Pessoa Jurídica, São Paulo, Saraiva, 1979), pelo Professor MARÇAL JUSTEN FILHO (Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro, São Paulo, RT, 1987) e pelo Professor FÁBIO ULHOA COELHO (Desconsideração da Personalidade Jurídica, São Paulo, RT, 1989).

Muitos outros juristas vêm aplicando particular atenção ao estudo da desconsideração da personalidade jurídica, com a oportuna divulgação de idéias da mais alta pertinência, em monografias de inegável valor, com a do mestre cearense Professor SÉRGIO ALEXANDRE DE MORAES BRAGA JÚNIOR (A Desconsideração da Personalidade Jurídica, Fortaleza, DIM/CE, 2003), a de EDUARDO LESSA BASTOS (Desconsideração da Personalidade Jurídica, Rio de Janeiro, *LumenJuris*, 2003) e a primorosa monografia da Procuradora paraense SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY (A Desconsideração da Personalidade Jurídica e os Grupos



de Empresas, Rio de Janeiro, Forense, 2000), dentre outros de igual merecimento, expressando reflexões amadurecidas e sem dúvida alguma importantes.

Apesar desse inegável interesse doutrinário, o Professor FÁBIO ULHOA COELHO já estimara, em 1989 (e com justa razão), que *a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não tem recebido, por parte da doutrina, a atenção e o aprofundamento que merece*, sendo possível afirmar que essa observação do douto jurista se conserva atual, embora manifestada há quase vinte anos (*op. cit.*, p. 10).

Com efeito, é oportuno frisar que a desconsideração da personalidade jurídica tem sido aplicada, às vezes com sucesso, em setores jurídicos que não são propriamente os do Direito Comercial tradicional e os do Direito Obrigacional de base mercantil, passando a alcançar, com uma certa dose de originalidade criativa, sem dúvida, relações que, em princípio, não comportariam a sua incidência, como as que pertencem ao Direito de Família, por exemplo, *para ensejar a exigência do patrimônio da empresa de obrigação devida por dirigente, acionista ou controlador, numa espécie de caminho inverso ao da concepção desse instituto*.

Mas a detectada expansão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica a outras relações de direito (não negociais) que d'antes sequer seriam objeto de cogitação, longe de significar a sua falência representa, pelo contrário, a demonstração da sua pujança conceitual e doutrinária, a demandar - *e até mesmo exigir* - maiores e mais profundas reflexões sobre a sua natureza, limites e possibilidades de invocação nas amplas e várias províncias do vasto continente do Direito Privado.

2. VISÃO RESUMIDA DA CHAMADA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A desconsideração da personalidade jurídica representa um remédio - ou uma técnica - judicial excepcional, processualmente aplicável aos casos em que - inexistindo previsão legal expressa de solidariedade obrigacional ou de responsabilidade de terceiros - o Juiz constata, mediante a criteriosa análise de certo caso concreto, que os dirigentes, controladores ou acionistas de determinada pessoa jurídica (entidade privada) se valeram da sua personalidade (do ente jurídico dirigido ou

controlado) para a obtenção de resultados ilícitos ou abusivos, no campo das relações negociais, ou para prejudicar terceiros.

Portanto, a desconsideração da personalidade é algo (a) excepcional (por somente ser cabível em situações incomuns, anormais ou extraordinárias), (b) tópico (por servir apenas à resolução do caso concreto *sub judice*, não afetando outras obrigações da entidade e nem desconstituindo a sua personalidade) e (c) processual (por somente ter cabimento mediante decisão do Juiz, em feito de amplo contraditório); em outros termos, a desconsideração da personalidade somente tem aplicação quando não dispuser o Juiz de outros institutos, instrumentos, meios ou remédios jurídicos capazes ou hábeis para a solução da pendência judicial oriunda de fraude ou abuso por intermédio da entidade controlada ou dirigida, pois a autonomia da pessoa jurídica continua sendo a regra básica do ordenamento, como já constava do art. 350 do Código Comercial (Lei n. 556, de 25.06.1850) e do art. 20 do Código Civil (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916) e consta do art. 596 do vigente Código de Processo Civil (Lei n. 5.969, de 11.01.1973).

Pode-se dizer que esses dispositivos cristalizaram uma *visão liberal* do problema da regulação da responsabilidade privada – *e certamente o fez* – mas, se se torna necessário afirmar a permanência dessa *ideologia jurídica*, também não se deve empecer a constatação de que aquela dita visão – calcada essencialmente na decantada autonomia da vontade – há muito começou a perder o seu prestígio, sendo correto afirmar que, hoje em dia, o voluntarismo individualista liberal passou a ter um papel *menor* na formação dos contratos e das responsabilidades decorrentes dessas avenças privadas, pelo que não seria exagerado falar-se em algo como o *declínio do voluntarismo*, no espaço das relações jus-obrigacionais modernas.

Porém, dever-se enfatizar que, quando o ordenamento contiver a previsão de outros institutos jurídicos para a solução judicial de impasses dessa natureza, tal como a previsão de solidariedade ou responsabilidade de terceiros, por exemplo, *não poderá - e mesmo não deverá - o Juiz se valer da desconsideração da personalidade jurídica da entidade originalmente obrigada, para carregar no patrimônio dos seus dirigentes, controladores ou acionistas o ônus pela obrigação não desempenhada pela pessoa jurídica que diretamente se obrigara, ainda que essa solução se mostre, eventualmente, o meio mais fácil de resolver o litígio.*

Mas importa deixar bem claro que a organização ou a instituição de uma pessoa jurídica, com patrimônio distinto e autônomo em relação aos patrimônios dos seus instituidores, controladores, dirigentes ou acionistas, tornou-se indispensável nas relações econômicas e produtivas contemporâneas e atende, sem dúvida alguma, a inegáveis interesses estratégicos da ordem econômica pluralista, os quais somente são passíveis de atendimento mediante o emprego de técnicas como a da personalidade jurídica de entidade dotada de ampla autonomia patrimonial e obrigacional.

Sob essa perspectiva, a desconsideração da personalidade, longe de ser um procedimento *contra a entidade jurídica ou visando diminuir ou abalar o seu prestígio*, é na verdade uma medida *em seu favor*, por meio da qual a intervenção judicial tópica, limitada e saneadora, coíbe eficazmente ilícitos ou abusos que a desviam das suas funções institucionais ou comprometem os seus desempenhos.

Recorde-se que a teoria da desconsideração da personalidade tem as suas nascentes ou raízes mais remotas no domínio do Direito Obrigacional e foi estruturada sob a inspiração do *indeclinável princípio da boa-fé*, com a finalidade principal de combater os casos em que uma entidade privada (pessoa jurídica), tendo assumido de forma regular uma obrigação contratual (negocial), deixa de desempenhar a tempo e modo o dever jurídico nela representado ou contido, *em decorrência (ou por causa) de atos praticados pelos seus próprios dirigentes, controladores ou acionistas*.

Em outros termos, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem aplicação quando os dirigentes, controladores ou acionistas de uma entidade privada (pessoa jurídica), agindo de modo fraudulento ou abusivo (*extra alea negocial*) no mundo das transações comerciais, levam a entidade por eles dirigida ou controlada a descumprir total ou parcialmente obrigação que assumira, assim ocasionando prejuízos ou danos a interesses de terceiros e - *o que até avulta ainda mais grave* - fragilizando a confiança de todos nas transações econômicas e comerciais, solapando a boa-fé que sempre deve estar presente em tais relações.

Um dos procedimentos mais comuns geradores do descumprimento de obrigações pelo ente dirigido ou controlado se dá pela via da chamada *subcapitalização* da pessoa jurídica dirigida ou controlada, *assim entendido*

o evento anormal na existência da entidade jurídica, com a potencialidade de comprometer - à míngua de recursos suficientes - o desempenho de suas obrigações jurídicas regulares, contraídas com terceiros, mediante a realização de negócios jurídicos, comprometimento esse que se possa atribuir a atos (comissivos ou omissivos) dos seus dirigentes, controladores ou acionistas.

Nesses casos, diz-se que os dirigentes, controladores ou acionistas provocaram a subcapitalização da entidade, *mas cumpre averiguar se os atos que produziram esse resultado - subcapitalização - estão ou não eivados de ilicitude ou de abuso de poder manifesto, isto é, se são na verdade devidos à álea negocial ordinária ou comum ou se derivam de conduta sancionável.*

A ilicitude se evidencia no descumprimento de norma legal em sentido amplo (aí incluídas as normas ditas inferiores, como constantes de resoluções administrativas normativas, instruções disciplinadoras de condutas, etc.), de normas estatutárias, regimentais ou contratuais; o abuso de poder se evidencia na prática de ato aparentemente conformado ao padrão normatizado, *mas na verdade voltado ao atendimento de interesses externos - ou até contrários - aos da entidade jurídica, como por exemplo a concessão de garantia fidejussória, em relação jurídica estranha à entidade.*

Diante de uma situação assim caracterizada, o Juiz poderá (e mesmo deverá) imputar diretamente ao agente operador do ilícito ou do abuso de poder o comportamento acoimado de lesivo, de ter procedido com excesso de poder, desvio de finalidade ou *consilium fraudis*, ou qualquer outra modalidade de conduta capaz por si mesma de produzir resultado danoso ou prejudicial à entidade ou à outra parte da relação jurídica, a saber, a parte credora da relação obrigacional entretida com a entidade dirigida ou controlada por aquele mesmo agente.

Mas é deveras importante deixar bem claro que se deve distinguir e extremar a desconsideração da personalidade dos casos em que ocorre apenas o surgimento da responsabilidade legal de terceiros, em razão da solidariedade obrigacional, por exemplo, expressamente prevista em diplomas normativos, lembrando, porém, a *inegável afinidade entre esses institutos (o da desconsideração da personalidade e o da responsabilidade de terceiros), máxime nos casos em que o surgimento da responsabilidade de outrem depende da ocorrência de atos infracionais.*



Em síntese, ocorrendo a hipótese em que se constata terem os dirigentes, controladores ou acionistas da entidade agido em fraude à Lei ou aos fins da entidade, valendo-se da personalidade do ente dirigido ou controlado, *pode (e mesmo deve) o Juiz lhes impor de logo a responsabilidade pessoal e ilimitada pela obrigação descumprida pela entidade, isto é, passa a ser exigível, direta e imediatamente, desses agentes o desempenho daquele dever jurídico descumprido pela pessoa jurídica da qual têm a direção ou o controle, desde que ocorrente a situação ilícita, que é o seu suporte material ou fático.*

Como se vê, renove-se que a aplicação preferencial da teoria da desconsideração da pessoa jurídica se situa no importantíssimo e delicado domínio do Direito Obrigacional e tem por objetivo essencial impedir que as práticas de fraude, de abuso, de desvio de finalidade ou de excesso de poder, *efetivada mediante a abusiva ou má intermediação da pessoa jurídica ou entidade*, produzam efeitos consistentes em prol de quem as realiza, premiando a má-fé, a astúcia ou o logro.

Se assim não fosse, se estaria frustrando um dos mais nobres fins da ordem econômica e social, juridicamente protegido, qual seja, o de proporcionar à coletividade e a todos os seus agentes produtivos a maior segurança nas suas múltiplas relações jurídicas, nas quais deve ser sempre preservado o ineliminável princípio da boa-fé.

Essa função inibidora de fraudes e abusos, mediante a prática de atos sob o pálio da pessoa jurídica, com desvio da sua finalidade, foi sintetizada pelo Professor TULLIO ASCARELLI de modo conciso e completo ao dizer o grande comercialista italiano que *a existência de uma sociedade não pode servir para alcançar um escopo ilícito; a existência de uma sociedade não pode servir para burlar as normas e as obrigações que dizem respeito aos seus sócios; a existência de uma coligação de sociedades não pode servir para burlar as normas e as obrigações que dizem respeito a uma das sociedades coligadas* (Questões a Respeito das Sociedades Anônimas, in Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, São Paulo, Saraiva, 1969, p. 400), conforme anotação da eminente jurista SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY (*op. cit.*, p. 67).

De fato, a doutrina da mitigação da separação entre o patrimônio da entidade jurídica e o de seus dirigentes, controladores ou acionistas *não deve ser entendida como uma posição adversa à personalidade do ente*

jurídico, senão mesmo uma medida que tende à sua preservação e à dos objetivos ou finalidades que foram declarados quando da sua organização; o Direito não dá abono às práticas ilícitas e, por conseqüência, seria inconcebível que permitisse que uma entidade criada à sua sombra servisse de instrumento ou apanágio para o cometimento de práticas anti-jurídicas.

Dá-se a ocorrência de abusos assim, por exemplo, quando a gestão ou os poderes de gestão do patrimônio da pessoa jurídica (entidade) de tal sorte se mesclam com os patrimônios dos seus dirigentes, acionistas ou controladores, que estes (os dirigentes, acionistas e controladores) assumem praticamente como que *duplas personalidades* (a natural e a ficta, valendo-se da pessoa jurídica), ensejando-lhes um astucioso - e muitas vezes bem sucedido - jogo de interesses, *capaz de iludir os seus credores ou parceiros nas relações econômicas.*

Bem por isso, a teoria da desconconsideração da personalidade busca evitar que os atos eivados de malícia dos dirigentes, controladores ou acionistas da pessoa jurídica possam lhes resultar exitosos, isto é, geradores de benefícios ou vantagens indevidas ou ilícitas; o conceito descritivo do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica foi assim enunciado, na percepção do eminente doutrinador Professor NELSON NERY JUNIOR:

Consiste (*a desconconsideração da personalidade*) na possibilidade de se ignorar a personalidade jurídica autônoma da entidade moral sempre que esta venha a ser utilizada para fins fraudulentos ou diversos daqueles para os quais foi constituída, permitindo que o credor de obrigação assumida pela pessoa jurídica alcance o patrimônio particular de seus sócios ou administradores para a satisfação de seu crédito (*Código Civil Comentado, RT, São Paulo, 2008, p. 249*).

O problema que então se põe, nesse cenário, até por se tratar de relação jurídica obrigacional decorrente de atos fraudulentos ou abusivos (*atos ilícitos em sentido amplo*), é o de se definir, *obviamente dentro dos limites do sistema jurídico*, se a migração do dever de desempenhar o encargo obrigacional, excluindo-se a pessoa jurídica que originariamente o assumiu e passando-o para o patrimônio das pessoas controladoras,



deverá sujeitar-se (ou não) à verificação da ocorrência de dolo, culpa grave ou culpa aquiliana dos agentes (*posição subjetivista*), ou se bastaria o surgimento do dano ou do prejuízo em si, derivado do descumprimento do dever jurídico, pela pessoa obrigada originária, para que se complete aquela prefalada migração obrigacional (*posição objetivista, calcada na responsabilidade objetiva por dano*).

Essas duas posições quanto à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da entidade originalmente obrigada (*posições objetivista e subjetivista*), para então se atribuir aos seus dirigentes, controladores ou acionistas a responsabilidade ilimitada pelo cumprimento da obrigação, são doutrinariamente defensáveis e se pode dizer que tanto uma como a outra tem acolhida parcial no Direito Brasileiro, embora não se possa detectar, quanto ao ponto, a uniformidade que talvez fosse desejável.

Na verdade, há disposições positivadas que albergam ambas as posições doutrinárias e isso mais revela a necessidade de se desenvolver mais ainda os estudos sobre a desconsideração da personalidade jurídica, para se aprofundar a compreensão da espécie, com inegáveis benefícios para a segurança de sua aplicação.

É provável que na base da teoria da desconsideração da personalidade jurídica estejam latentes os velhos e revelhos *tria juris praecepta* do Direito Romano, a desabonar a conduta que causa prejuízo a outrem (*alterum non laedere*), a recomendar viver-se honestamente (*honeste vivere*) e a dar-se a cada um o que é seu direito (*suum jus cuique tribuere*), de fortíssima conotação privatística, como se percebe na sua famosa enunciação, devida ao poder de síntese do jurista romano DOMÍCIO ULPIANO (170-224), justamente considerado um dos *Cinco Grandes Juristas Clássicos*, ao lado de Paulo, Modestino, Papiniano e Gaio.

3. BREVE SÍNTESE DA EVOLUÇÃO NORMATIVA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE, NO BRASIL

Uma rápida revisita aos primórdios da elaboração legislativa alusiva à temática da desconsideração da personalidade jurídica, no Brasil, para se atribuir a outra pessoa a responsabilidade pela obrigação da entidade controlada que não a desempenha, se inicia com a imposição *ex lege* da solidariedade entre as partes integrantes ou componentes de grupo

econômico, devendo ser realçado que esse fenômeno (o da solidariedade) não se confunde com o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, embora se possa considerá-lo na sua perspectiva, na medida em que se apóia na superação da separação radical entre os patrimônios de entidades jurídicas distintas.

Além desse aspecto, de si mesmo relevante, anote-se que a solidariedade entre empresas integrantes de grupo econômico, sendo prevista expressamente em Lei, deve ser categorizada como *responsabilidade imponível a terceiros*, enquanto a desconsideração da personalidade - em termos estritos, pelo menos - é construção tópica do Juiz, na solução de caso concreto, em que a ausência de previsão normativa ou positiva o desafia a encontrar a justa solução do litígio emergente do descumprimento de obrigação por ente jurídico, em decorrência de conduta de seus dirigentes, controladores ou acionistas.

De todo modo, a Lei das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada (Decreto n. 3.708/1919), no seu art. 10, já trazia a indicação de imputação aos sócios de obrigações patrimoniais decorrentes da prática de atos *com violação da lei ou do contrato social*, o que indicava a necessidade de prévia demonstração de tais eventos, embora se trate de caso de solidariedade:

Art. 10 - Os sócios-gerentes o que derem nome à firma, não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros, solidária e ilimitadamente, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.

A Consolidação das Leis do Trabalho (DL n. 5.452/1943), no seu art. 2º, § 2º, também já continha a previsão de se exigir de outrem, no caso de *grupo econômico*, de forma claramente *objetiva*, o desempenho de obrigação jurídica trabalhista originariamente exigível de empresa dirigida, controlada ou administrada:

Art. 2º - (...).

(...).

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção,



controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

No mesmo sentido dessas disposições, *mas exigindo a prática de conduta desviante dos objetivos societários ou em fraude à Lei*, o art. 135 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966), assimilou a conhecida *teoria ultra vires*, ou seja, a extensão da responsabilidade obrigacional a outrem, em casos de abusos ou fraudes, dessa forma condicionando-a à prévia verificação de condutas ilícitas:

Art. 135 - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes, ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...);

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

A Lei das S/A (Lei n. 6.404/1976) traz previsões distintas quanto à responsabilidade pessoal do controlador da companhia e do seu administrador, quando a atuação de qualquer deles se trimbrar de abusiva, excessiva ou violadora de normas legais ou internas da companhia, assim dispondo:

Art. 117 – O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

A mesma Lei da S/A, quanto à responsabilidade pessoal do administrador da companhia, diz o seguinte:

Art. 158 – O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contratar em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II – com violação da Lei ou do estatuto.

Como se pode ver, esses dispositivos da Lei das S/A indicam a adoção de *critério condicionado a condutas culposas, dolosas ou violadoras de normas legais ou estatutárias, para se fazer emergir a responsabilidade pessoal do controlador ou administrador da companhia*.

Contudo, a Lei de Custeio da Previdência Social (Lei n. 8.212/1991) retoma o viés objetivista, na linha da orientação do art. 2º, § 2º da CLT, na redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.620/1993:

Art. 30 - (...).

(...).

IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza, respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta lei.

De igual modo, a Lei das Licitações (Lei n. 8.666/1993), ao instituir a responsabilidade solidária entre participantes de prélios seletivos, nas diversas fases do certame e na execução do contrato, estabelece a superação das personalidades desses agentes:

Art. 33 – Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

(...);

V – responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação, quanto na de execução do contrato.

Outros diplomas legais mais recentes também cuidaram da descaracterização da personalidade da pessoa jurídica, como o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), assim:

Art. 28 - O Juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da Lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou atividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

De idêntico modo, a Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica (Lei n. 8.884/1994), também dá mostras de acolher a versão objetivista, quanto à desconsideração da personalidade:

Art. 18 - A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Igualmente se verifica essa orientação na Lei de Proteção ao Meio Ambiente (Lei n. 9.605/1998), que assim proclama:

Art. 4º - Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

A análise desses dispositivos legais permite concluir que a desconsideração da personalidade se acha definitivamente incorporada à ordem jurídica do País, embora a sua sistematização ainda demande a aplicação de novos estudos e elaborações doutrinárias cada vez mais refinadas e profundas, *talvez para se evitar a aplicação desordenada da teoria da descaracterização em campos jurídicos estranhos ao Direito Comercial e Obrigacional clássicos, como o Direito de Família e o de Sucessões, como já se faz sentir em múltiplas decisões das Cortes do País.*

4. LIMITES DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/2002) consagrou definitivamente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, positivando-a no seu art. 50, mas aludindo, ainda, ao conhecido fenômeno do *abuso da personalidade e ao mesmo tempo a deixando caracterizada nos casos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial*, com o que parece indicar *não ter adotado a solução objetivista, pelo menos na sua versão mais pura, para a hipótese de sua aplicação.*

Pode-se dizer que a expressão *desvio de finalidade* (art. 50 do CCiv./2002) engloba a figura da *fraude*, que sempre foi tida como básica em tema de superação da personalidade, e que a locução *confusão patrimonial*, inserida no mesmo dispositivo, veicula a idéia de *excesso de poder*, já que importa em valer-se o dirigente, o controlador ou o acionista do patrimônio social como se se tratasse de coisa própria sua, como se fosse o seu próprio patrimônio.

O colendo Superior Tribunal de Justiça vem albergando, em vários pronunciamentos, a posição chamada subjetivista, quando ao tema da desconsideração da personalidade, como se vê nestes exemplares acórdãos a seguir colacionados:

Recurso especial. Desconsideração da personalidade jurídica. *Disregard Doctrine*. Hipóteses.

1. A desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora, imputando-se ao grupo controlador a responsabilidade pela dívida, pressupõe - ainda que em juízo de superficialidade - a indicação comprovada de atos fraudulentos, a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade.

(...).

(REsp n. 744.107-SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJU 12.08.2008).

Comercial e Processual Civil. Acórdão estadual. Nulidade não configurada. Embargos declaratórios ineptos em provocar prequestionamento. Ausência de fundamentação. Falência. Dações em pagamento fraudulentas aos interesses da massa. Desconsideração da personalidade jurídica no bojo do processo falencial. Desnecessidade de ação revocatória. Decreto-Lei n. 7.661/1945, arts. 52 e seguintes.

(...).

III. Detectada a fraude na dação de bens em pagamento, esvaziando o patrimônio empresarial em prejuízo da massa falida, pode o julgador decretar a desconsideração da personalidade jurídica no

bojo do próprio processo, facultado aos prejudicados oferecerem defesa perante o mesmo juízo.

(...).

(REsp n. 418.385-SP, Relator Ministro Aldir Passarinho, DJU 03.09.2007).

Recurso especial. Ação civil pública. Poluição ambiental. Empresas mineradoras. Carvão mineral. Estado de Santa Catarina. Reparação. Responsabilidade do Estado por omissão. Responsabilidade solidária. Responsabilidade subsidiária.

(...).

5. A desconsideração da pessoa jurídica consiste na possibilidade de se ignorar a personalidade jurídica autônoma da entidade moral para chamar à responsabilidade seus sócios ou administradores, quando utilizam-na com objetivos fraudulentos ou diversos daqueles para os quais foi constituída. Portanto, (i) na falta do elemento “abuso de direito”; (ii) não se constituindo a personalização social obstáculo ao cumprimento da obrigação de reparação ambiental; e (iii) nem comprovando-se que os sócios ou administradores têm maior poder de solvência que as sociedades, a aplicação da *disregard doctrine* não tem lugar e pode constituir, na última hipótese, obstáculo ao cumprimento da obrigação.

(...).

(REsp n. 647.493-SC, Relator Ministro João Otávio Noronha, DJU 22.10.2007).

Na doutrina jurídica mais autorizada, alteia-se a voz sempre ouvida com proveito da ilustre Professora MARIA HELENA DINIZ que, com maior profundidade, produziu página de exemplar compreensão deste instituto, dizendo o seguinte:

A pessoa jurídica é uma realidade autônoma, capaz de direitos e obrigações, independentemente de seus membros, pois efetua negócios sem qualquer ligação com a vontade deles, e, além disso, se a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas naturais que a compõem, se o patrimônio da sociedade não se identifica com

o dos sócios, fácil será lesar credores, mediante abuso do direito, caracterizado por desvio de finalidade, tendo-se em vista que os bens particulares dos sócios não podem ser executados antes dos bens sociais, havendo dívida da sociedade. Por isso o Código Civil pretende que, quando a pessoa jurídica se desviar dos fins determinantes de sua constituição, ou quando houver confusão patrimonial, em razão de abuso da personalidade jurídica, o órgão judicante, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, está autorizado, com base na prova material do dano, a desconsiderar, episodicamente, a importar essa medida numa dissolução da pessoa jurídica. Com isso subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios, mas tal distinção é afastada, provisoriamente, para dado caso concreto, estendendo a responsabilidade negocial aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (Código Civil Anotado, Saraiva, São Paulo, 2008, pp.100/101).

Tem relevo assinalar, quanto ao ponto, que na Jornada de Direito Civil, promovida em 2002 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado n. 7, sobre esse palpitante tema, nos seguintes termos:

Enunciado n. 7 - Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido.

No que se refere ao tão comum fenômeno da *subcapitalização*, cabe registrar que o Código Civil de 2002 (art. 50) não a inseriu como causa pré-justificadora da desconsideração da personalidade jurídica; ocorre esse fenômeno quando os recursos da pessoa jurídica (entidade) não insuficientes para cobrir as suas operações normais e os seus acionistas não a socorrem ou não lhe aportam recursos adicionais, levando-a ao descumprimento de suas obrigações; por conseguinte, não se mostra viável se ter a subcapitalização como fraude objetiva ou excesso objetivo de poder.

Ademais, não se encontra, no Direito Societário, norma alguma que obrigue os sócios ou acionistas da sociedade a fazerem aportes de



recursos, *ainda que a entidade se encontre em situação financeiramente crítica ou de desequilíbrio.*

Em casos assim (situação crítica ou desequilibrada) poderia surgir a responsabilidade dos sócios ou acionistas se, ao invés de fazerem aportes emergenciais, optassem, por exemplo, por emprestarem dinheiro à sociedade, mediante contratos onerosos, certamente mais agravando a sua crise financeira.

Impõe-se, no entanto, separar os casos de subcapitalização dos casos de descapitalização, quando emerge a responsabilidade dos acionistas, tendo-se como caracterizada quando os sócios ou acionistas *retiram valores societários, promovendo a sangria dos seus recursos e a inanição da entidade, eis que em tal hipótese, estaria configurada a prática de excesso de poder, vedada pelo art. 50 do Código Civil de 2002.*

A JUSTIÇA MILITAR
Sergio Ernesto Alves Conforto

Ministro do Superior Tribunal Militar



A JUSTIÇA MILITAR
Sergio Ernesto Alves Conforto

Embora tenha sido o primeiro tribunal a ser instalado em terras brasileiras, quando da vinda da Família Real, em 1808, é comum, mesmo dentre as pessoas que militam na área jurídica o desconhecimento da legislação específica e, principalmente, da razão de ser da Justiça Militar.

Lembro que um jovem magistrado de primeira instância, ao proferir sentença referente ao desligamento de cadetes da AMAN em proveito “da honra e pundonor militares”, disse, textualmente, “sabe Deus o que isto significa”!!

Nenhum país pode se permitir perder uma guerra. Da mesma maneira, forças armadas não se improvisam, pois como nos magistrais versos de Camões, já no século XVI, “a disciplina militar prestante não se aprende, senhor, na fantasia, sonhando, imaginando. Senão vendo, tratando e pelejando...”

Da sentença latina *vis pacem para bellum* (se queres a paz, prepara-te para a guerra) decorre a principal estratégia do Exército Brasileiro, a da dissuasão. Por ela, é fundamental manter um grau de prontidão e operacionalidade tais que façam com que eventuais rivalidades, ambições ou aventuras em relação ao patrimônio brasileiro sejam desencorajadas, mantendo tudo aquilo que possa se configurar como antagonismo como passível de resolução no campo diplomático.

Ficam pois, evidenciadas duas idéias principais, decorrentes da citação de Camões, e dos antigos romanos: a de que o treinamento tem que ser permanente, e a de que tem de ser realístico, mesmo em tempo de paz.

E o que faz um homem (ou mulher), atuar como soldado, expor a sua vida ou se propor a tirar a de outrem, se necessário? Certamente que uma elevada dose de ideal é imprescindível, mas o é também o treinamento, a *coesão* e, sobretudo a disciplina.

Só a disciplina mantém a coesão, possibilita a vitória sobre o medo. Só o respeito à hierarquia impede que alguém armado se transforme em uma besta-fera ou em um covarde ao ver companheiros caindo, explosões se sucedendo, gritos, desespero.

São antigos, os códigos legais relativos aos militares. Desde há muito tornou-se imprescindível que houvesse leis especiais que punam com rigor a deslealdade, a covardia, a rebelião, o medo.

Como em qualquer agrupamento humano, encontra-se no meio militar bons (grande maioria) e maus elementos. Tal como na vida em sociedade de civis, é essencial coibir por meio das leis, processos, julgamentos e sentenças pré-codificados a ação do malfeitor no permanente interesse do bem comum.

Nos séculos passados eram muitíssimo rigorosas as penas constantes dos códigos legais militares.

Muitos crimes, mesmo em tempo de paz, eram punidos com a morte. Era a forma de coibir a criminalidade, a fuga em combate, a deserção, o medo. A maioria dos exércitos era constituída de mercenários, ou então por indivíduos praticamente seqüestrados para o serviço militar. Combatiam, mas uma de suas principais motivações era o medo de um castigo que poderia ser pior que a ação do inimigo.

Dentro de um quadro democrático, em que a lei impõe a todos o dever de contribuir para a segurança da nação, atenuam-se as penas e as preocupações, mas ainda assim há que zelar permanentemente pela hierarquia e pela disciplina, pilares fundamentais de qualquer força armada, e sem a solidez dos quais deixam de existir como instituição eficaz.

Tomemos como exemplo a Força Expedicionária Brasileira, (FEB) que nos anos 40 do século XX foi à Itália e de lá regressou trazendo o feito de ter ajudado a derrotar o exército mais poderoso e mais adestrado do mundo, em determinado momento.

Foram para lá cerca de 25.000 homens e mulheres, oriundos das mais diversas camadas da sociedade brasileira.

Combateram, cumpriram o seu dever, muitos morreram ou foram feridos e mutilados, e a FEB voltou coberta de glórias, vitoriosa, peitos cheios de merecidas medalhas.

Mas poucos sabem que, de julho de 1944, a julho de 1945, as duas auditorias que funcionaram junto à FEB, atuaram em 271 processos, que resultaram em um total de penas de 406 anos, 11 meses e 24 dias, e, ainda, duas condenações à morte. (Do livro “A Justiça Militar na Campanha da Itália”, de Bento Costa Lima Leite de Albuquerque, Imprensa Oficial - Fortaleza - Ceará – Brasil – 1958).

Desconhecer a razão de ser e a importância da Justiça Militar, limitá-la ao ignorar suas peculiaridades e objetivos interpretando crimes militares à luz da legislação civil, é fazer o trabalho do inimigo, seja ele qual for, e sejam quais forem as suas motivações.

Ignorar que alguém, que presta um juramento solene perante a Bandeira do Brasil e por sua honra, está automaticamente aceitando, juntamente com os deveres para com a defesa do Brasil, o seu posicionamento como sujeito à legislação penal militar e assemelhá-lo a um civil de qualquer outra profissão, é ignorar não só as regras da justiça, mas o dever de todos para com a segurança de nosso país.

A LEI MARIA DA PENHA

Eliana Calmon

Ministra do Superior Tribunal de Justiça



A LEI MARIA DA PENHA

Eliana Calmon

I – INTRODUÇÃO

A desigualdade formal, conquistada com a Revolução Francesa de 1789, foi o paradigma da legislação do mundo civilizado no curso do século XIX e por quase todo o século XX.

Ao final da Segunda Guerra, o Mundo Ocidental despertou para uma nova realidade: de nada valia a outorga de direitos pelo Estado, se não tinham os titulares formais desses direitos condições de acesso a eles. Para a real aquisição dos direitos outorgados pelo Estado era preciso criar condições de acesso, tarefa que não poderia ser deixada para solução ao Estado do *laissez-faire*, *laissez-passer*. Era preciso criar mecanismos que levassem à igualdade substancial de direitos.

Assim, despertou-se ao final do século XX para a identificação de grupos fragilizados em razão de fatos adversos por questão de gênero, raça, nacionalidade, credo, etc., ao tempo em que se deu início às políticas públicas identificadas como ações afirmativas, que são, em verdade, a discriminação protetiva de grupos sociais com dificuldade de acesso aos direitos constitucionalmente estabelecidos.

Dentre os grupos minoritários de maior expressão social está o discriminado por gênero, não se ignorando que a história da mulher é marcada por uma condição de inferioridade em todos os povos e

civilizações, minorada após a Revolução Francesa, mas ainda gritante no século XX.

A desigualdade feminina fez nascer na sociedade brasileira, o que não se apresenta como peculiaridade única, sendo uma constante em diversos países, com maior ou menor intensidade, uma cultura de violência oriunda da própria posição de superioridade social do homem, incentivada por razões de poder na divisão do mercado de trabalho e de predominância política e, por fim, pelo silencioso consentimento social, seja das vítimas, seja de terceiros pela cultura de inferioridade da mulher.

A violência contra a mulher tornou-se, então, invisível aos olhos da sociedade, tolerante e, por isso mesmo, no exercício de um surdo pacto de silêncio, traduzido em ditados populares que bem expressam o comportamento social: “Em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”; “roupa suja se lava em casa”; “a mulher casada está em seu posto de honra e da rua para fora nada lhe diz respeito”.

Graças aos movimentos feministas, a partir de 1910, tornaram-se públicas as discussões sobre a independência da mulher, para superação da sua pseudo-inferioridade, anotando-se, a partir dos diversos embates, a gravidade da violência doméstica.

A discussão pública sobre o tema ficou mais evidente na década de 70 e, nos anos 90, com mais veemência, veio à baila o tema, quando os movimentos feministas incipientes mais atuantes fizeram nascer as ONGs e as associações, com militância constante e competente, direcionando-se para um objetivo comum: envolver o Estado por via de políticas públicas e sociais no sentido de acabar com a violência contra a mulher.

Ao final do século XX podemos dizer que houve uma quebra de paradigma, refletida nas chamadas ações afirmativas em favor da mulher, a partir do objetivo de eliminar a violência doméstica ou social contra a mulher.

No decorrer dos estudos em direção ao objetivo da igualdade, chegou-se à conclusão que o ponto de partida para a construção de uma política eficiente seria a coleta de dados estatísticos, possibilitando tais números ao traçado de um diagnóstico e, depois, à implantação de um



sistema de prevenção eficiente, afastando-se as verdades e mentiras que sempre povoaram o imaginário social.

Quando o Brasil foi convidado para participar do Congresso Internacional de Mulheres, realizado em Beijing em 1995, despertou para a dificuldade em traçar as metas a serem discutidas pela ausência de dados estatísticos sobre a atuação da mulher brasileira. Ainda hoje ressen-te-se a Nação de precisão numérica de dados. Dispomos apenas dos dados obtidos do IBGE, dos recenseamentos de 1988 e 2001, de pesquisas isoladas procedidas pelas Secretarias de Segurança Pública dos Estados e de uma única pesquisa direcionada, realizada pela Fundação Perseu Abramo em 2001.

A partir daí, passou a ser a meta prioritária dos movimentos feministas a produção de dados e indicadores atualizados. Graças a esta consciência, veio a lume a Lei n. 10.778/2003, diploma que torna obrigatório aos hospitais e clínicas médicas preencher questionário específico de informação sobre atendimento médico à mulher que chega aos hospitais e clínicas com sinais de agressão física ou psíquica. Lamentavelmente, passados quatro anos a lei mencionada ainda não foi regulamentada, nem sequer implantada.

II – A LEGISLAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 instituiu como um dos princípios fundamentais do Estado a “dignidade da pessoa humana”, dentro da garantia de que todos são iguais, sem distinção alguma, proibindo, inclusive, diferença salarial, diferença de critérios de admissão por motivo de sexo, dispositivos que deixam clara a posição de combate à discriminação.

A conquista maior veio com a Lei n. 9.099/1995, diploma que instituiu os Juizados Especiais, possibilitando maior celeridade e eficácia às punições de delitos de baixo potencial ofensivo, classificando-se como tais os casos mais comuns de violência doméstica contra a mulher.

Lamentavelmente, a realidade mostrou-se inteiramente diferente da idéia conceitual dos que lutaram pela aprovação da Lei dos Juizados. Em pouco tempo, chegou-se à conclusão que o diploma legal serviu para a legalização da “surra doméstica”. Sem flagrante, sem fiança e

com a possibilidade de acordo, ainda na fase policial, impunha como condenação o pagamento de uma multa, a entrega de cestas básicas ou a prestação de serviço à comunidade, apagando por completo a acessão perpetrada.

A suavidade da pena e o desaparecimento da culpa do agressor pelas tratativas procedimentais levavam à reincidência, ou seja, outra surra, outra agressão, acompanhada de coação, para que a vítima não usasse o suporte legal nos próximos embates.

III – PECULIARIDADES

A Lei n. 11.340/2006, chamada de Lei Maria da Penha, inaugurou uma nova fase na história das ações afirmativas em favor da mulher brasileira.

Não se pode deixar de registrar o motivo que levou o legislador a nominar o novo instituto. Sim, porque a Lei Maria da Penha é mais do que um diploma legislativo. Trata-se de uma lei que congrega um conjunto de regras penais e extrapenais, contendo princípios, objetivos, diretrizes, programa, etc., com o propósito precípua de reduzir a morosidade judicial, introduzir medidas despenalizadoras, diminuir a impunidade e, na ponta, como desiderato maior, proteger a mulher e a entidade familiar.

Maria da Penha é uma professora universitária de classe média, casada com um também professor universitário, que protagonizou um simbólico caso de violência doméstica contra a mulher. Em 1983, foi vítima, por duas vezes, do seu marido, que tentou assassiná-la. A primeira vez com um tiro, que a deixou paraplégica, e, a segunda, por eletrocussão e afogamento. A punição pela Justiça só veio vinte anos depois, por interferência de organismos internacionais. Maria da Penha transformou dor em luta, tragédia em solidariedade, merecendo a homenagem de todos dando nome à lei que é, sem dúvida, um microssistema de proteção à família e à mulher.

Como principais inovações temos a admissibilidade das prisões em flagrante e preventiva, obrigatoriedade do inquérito policial e a só possibilidade de desistência, por parte da vítima, em juízo, acompanhada de advogada e ouvido o Ministério Público. Pelos tópicos, verifica-se a

absoluta alteração da sistemática procedimental, impondo-se dificuldades para arquivamento de uma denúncia de agressão, a fim de evitar a coação. Daí a necessidade de participação de todos os atores processuais: juiz, advogado e Ministério Público.

A autoridade policial também fica mais fortalecida na fase repressiva, podendo efetuar a prisão em flagrante ou representar pela prisão preventiva.

Têm os doutrinadores questionado o seguinte: aplicava-se ao crime de violência doméstica, com ou sem lesões corporais, a Lei n. 9.099/1995 – Lei dos Juizados Especiais –, diploma que exigia a representação para o procedimento do crime de lesões corporais dolosa de natureza leve. Revogada a aplicação da Lei n. 9.099/1995 pela Lei Maria da Penha, fica a indagação: continua-se a exigir a representação, ou passa-se à categoria dos crimes de ação pública? Sem referência jurisprudencial, ainda, tem-se a voz autorizada do Professor Damásio de Jesus, entendendo que continua a se exigir, para a espécie, a representação.

É interessante anotar que a lei em comento se refere à violência contra a mulher, perpetrada no âmbito da unidade doméstica, entendendo-se como tal o espaço de convivência permanente de pessoas com ou sem vínculo familiar, abrangendo, inclusive, os esporadicamente agregados.

Uma grande inovação do diploma aqui analisado é a explicitação das formas de violência, discriminadas no art. 7º (violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral), sendo definidas cada uma delas.

Mantidas as penas constantes do Código Penal, e que vão de um a três anos de detenção, afastaram-se a pena pecuniária, a transação penal e a competência dos juizados especiais.

Há na lei um ponto que está a causar perplexidade por destoar inteiramente do foco de maior repressão: o parágrafo 9º do art. 121, depois de ter o acréscimo da qualificação, pela Lei n. 11.340/2006, sofreu diminuição da pena máxima cominada, passando de seis para três meses de detenção. Para uns, houve equívoco do legislador, para outros, diferentemente, a intenção foi sistematizar a pena para as hipóteses de lesões leves.

Muito mais do que um diploma repressivo, a Lei Maria da Penha é um conjunto sistêmico de medidas protetivas, daí a prescrição de medidas acautelatórias, tais como: suspensão do porte de arma, afastamento do lar, proibição de contato do agressor com a vítima, alimentos provisionais, etc.

A Lei n. 11.340/2006, para funcionar e produzir os efeitos desejados, está a exigir do aparelho estatal, especialmente do Poder Judiciário, um esforço concentrado, a partir da implantação imediata dos Juizados de Violência Doméstica, os quais deverão ter funcionamento diferenciado. A previsão de uma equipe multidisciplinar de atendimento de nada servirá se aos processos judiciais não se der diferenciado tratamento no sentido de dinamizar, descomplicar e, sobretudo, entender-se o drama familiar que se esconde atrás de cada um dos processos. O desafio maior, portanto, é o de treinamento adequado.

IV – QUESTIONAMENTOS

Como não poderia deixar de ser, doutrinariamente, não são poucos os questionamentos em torno do novo diploma. Primeiro, pela novidade, segundo, pela ousadia legislativa, e, terceiro, pela falta de hábito, ainda, no trato com as ações afirmativas. Daí a adjetivação à lei, tida por alguns como preconceituosa por partir da idéia de desigualdade, o que é de absoluta intolerância para as feministas.

A lei, efetivamente, reconhece a desigualdade de gênero e vem, por isso mesmo, com o intuito de proteger não apenas a mulher, mas também à família. Trata-se de um instrumento identificado como de ação afirmativa.

Para outros, a lei em análise deforma o sistema prisional e traz, em consequência, um grave problema social, na medida em que, sem a possibilidade de livrar-se solto do processo, como ocorria anteriormente, colocar-se-á na prisão, durante o curso do processo, um pai de família, um homem com baixa agressividade, no meio de marginais perigosos e praticantes de delitos de alto potencial ofensivo.

Entendo que o sistema prisional brasileiro já está inteiramente deformado e não será a Lei Maria da Penha mais um instrumento de aprofundamento do caos reinante. A avaliação não é por esse prisma, e

sim pela constatação de que talvez tenhamos uma lei avançada demais para um país que iguala os segregados pelo Estado, colocando todos no mesmo patamar, sem estabelecer gradações, ou discriminação, pelo tipo do crime perpetrado. Não temos sistema prisional, e sim depósito de presos, o que precisa de correção urgente, urgentíssima.

Alega-se também que a Lei Maria da Penha está na contramão da história, porque defasada da nova orientação do Direito Penal, de caráter eminentemente preventivo, enquanto o grau de repressão da Lei n. 11.340/2006 é a tônica. A alegação é inteiramente leviana, na medida em que o conteúdo penal do diploma analisado é mínimo. Como já afirmado, trata-se de instrumento legislativo que alberga um microssistema de proteção à família e, por via de consequência, à mulher, com alguns dispositivos de forte repressão.

A mais radical crítica à lei é no sentido de taxá-la de inconstitucional, pela quebra do princípio da igualdade. Ora, se levarmos em conta, em termos absolutos, o princípio da igualdade formal, todas as ações afirmativas padeceriam de inconstitucionalidade.

Afinal, ninguém ignora o grave quadro de inferioridade do gênero, conforme demonstram os poucos dados estatísticos existentes. A título exemplificativo, com números de maio de 2006, temos que a cada quinze segundos uma mulher é espancada ou violentada; a cada vinte e quatro horas nove ocorrências policiais são registradas; uma em cada cinco mulheres já foi agredida; mais de cinquenta por cento das agredidas não procuram ajuda; trinta e três por cento das mulheres já sofreram algum tipo de agressão física; setenta por cento dos incidentes acontecem dentro da unidade familiar e o agressor é o próprio marido; mais de quarenta por cento das agressões resultam em lesões corporais graves; o Brasil perde dez por cento do seu PIB em decorrência da violência contra a mulher, considerando-se os gastos da rede de saúde, a interrupção do mercado de trabalho pela paralisação da atividade da mulher agredida e o gasto com a mobilização do aparelho estatal repressivo, polícia e Justiça.

V – CONCLUSÕES

Independentemente da valorização da mulher, em política que tenha por escopo a igualdade do gênero, não se pode deixar de reconhecer

que no Brasil, como em quase todos os países do mundo ocidental, a mulher continua sendo alvo de uma sociedade machista e desigual, em preconceito muitas vezes silencioso, velado e, lamentavelmente, socialmente consentido. O silêncio da vítima e a indiferença da sociedade são, sem dúvida, o combustível mais poderoso para a continuidade da violência.

Não se pretende aqui fazer uma apologia à mulher, mas é preciso, ao falar de uma específica forma de violência, a doméstica, lembrar do que ocorre fora do âmbito familiar, nos empregos, e que hoje merece a reprimenda penal com o tipo do artigo 216-A do Código Penal; do que faz a sociedade de consumo com as mulheres, que hoje vivem submetidas aos ditames da ditadura da beleza, que exige juventude, corpo esquelético e hábitos que sustentem a rica indústria de cosméticos, de cirurgias plásticas e da moda *prêt-à-porter*, sem preocupação alguma com o destino existencial da mulher.

Ao falar-se da Lei Maria da Penha estar-se-á restringindo a análise a uma espécie, a mais drástica e grave sob o ângulo pessoal da vítima e da sociedade: a violência doméstica.

A Lei n. 11.340/2006 só pode ser interpretada como diploma que pretende resgatar de forma principiológica a política pública de proteção à família e de combate à desigualdade, sem espaço para alegação de inconstitucionalidade.

Constituindo-se a Lei Maria da Penha em uma quebra de paradigma, só funcionará, efetivamente, se pelo Estado houver a implementação dos serviços multidisciplinares previstos no microssistema criado. Por parte dos atores do processo, dentre os quais juízes e membros do Ministério Público, espera-se que vençam a tradicional morosidade do Judiciário, mediante a aplicação da norma de maneira inteiramente nova, sem burocracias e sem formalismo.

Enfim, no combate à desigualdade é preciso que cada um cumpra o seu papel.

AÇÃO RESCISÓRIA: A SÚMULA N. 343-STF
E AS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Teori Albino Zavascki

Ministro do Superior Tribunal de Justiça



**AÇÃO RESCISÓRIA: A SÚMULA N. 343-STF E AS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**
Teori Albino Zavascki

Sumário: 1. Introdução 2. O sentido da Súmula n. 343-STF 3. A rejeição da doutrina da interpretação razoável em matéria constitucional: não-aplicação das Súmulas n. 343-STF e 400-STF 4. A doutrina da interpretação razoável e as funções institucionais do STJ 5. A indispensável valorização do princípio da isonomia, especialmente em face de relações jurídicas de trato continuado e de sentenças com efeitos prospectivos 6. A evolução legislativa em direção aos precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores 7. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

Em recente julgamento de embargos de divergência (ERESP n. 960.523, Relator Ministro José Delgado, sessão de 23.04.2008), a 1ª Seção do STJ deu um importante passo no sentido da revisão da sua jurisprudência a respeito da aplicação da Súmula n. 343-STF, segundo a qual “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. Tratava o caso de ação rescisória de acórdão que considerou devido imposto de renda sobre a parte da complementação de proventos de aposentadoria (paga por instituição de previdência privada) correspondente às contribuições feitas pelos beneficiários para a formação do respectivo fundo, no período de

vigência da Lei n. 7.713/1988, ou seja, de 1º.01.1989 a 31.12.1995. O acórdão embargado entendera que a súmula deveria ser aplicada porque, “quando da prolação do acórdão rescindendo, cujo trânsito em julgado se deu em 17.06.2003, a matéria estava em flagrante controvérsia nos tribunais, inclusive nesta Corte”. A questão colocada nos embargos de divergência tinha, assim, as seguintes peculiaridades: (a) a ação rescisória baseada, no art. 485, V do CPC, tinha por fundamento a violação a normas infraconstitucionais federais (art. 43 do CTN e art. 33 da Lei n. 9.250/1995); (b) à época da prolação da decisão rescindenda, era controvertida, no âmbito dos tribunais, inclusive do STJ, a interpretação das referidas normas; (c) posteriormente, a jurisprudência do STJ se firmou na linha da tese defendida na ação rescisória (ou seja, em sentido contrário ao da decisão rescindenda). Presentes tais circunstâncias, a questão fundamental era a seguinte: é cabível a aplicação da Súmula n. 343-STF ao caso?

A jurisprudência tradicional do STJ sempre foi no sentido de aplicar a Súmula n. 343-STF em situações dessa natureza: não se considera cabível (o melhor seria dizer *não se considera procedente*) ação rescisória fundada em ofensa a literal disposição de lei quando a lei tida por violada admitia interpretações diferentes e divergentes pelos tribunais¹. Mesmo que a jurisprudência posterior se tivesse firmado em sentido oposto ao da decisão rescindenda, ainda assim não se admitia a sua rescisão, a teor da Súmula n. 134 do extinto TFR: “Não cabe ação rescisória por violação de literal disposição de lei se, ao tempo em que foi prolatada a sentença rescindenda, a interpretação era controvertida nos tribunais, embora posteriormente se tenha fixado favoravelmente à pretensão do autor”.²

No caso, todavia, a decisão da Seção, por unanimidade, foi em outro sentido: a aplicação da súmula foi afastada ao entendimento de que a decisão rescindenda era contrária a “a remansosa jurisprudência desta Corte Superior, não sendo caso de aplicação da Súmula n. 343-STF”.

¹ Nesse sentido, apenas a título ilustrativo: AgRg nos EREsp n. 158.759-CE, CE, Ministra Eliana Calmon, DJ de 19.03.2001; AgRg na AR n. 1.853-SP, 2ª Seção, Ministro Aldir Passarinho, DJ de 04.02.2002; EDcl nos EDcl nos EDcl na AR n. 808-DF, 3ª Seção, Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 05.08.2002; AR n. 3.033-BA, 1ª Seção, Ministro Castro Meira, DJ de 20.08.2007.

² Precedentes do STJ aplicando a Súmula n. 134-TRF: AR n. 822-SP, 1ª Seção, Ministro Franciulli Netto, DJ de 28.08.2000; EDcl nos EDcl no AgRg na AR n. 2.314-SC, 1ª Seção, Ministro Franciulli Netto, DJ de 11.10.2004; AgRg na AR n. 3.213-AL, 1ª Seção, Ministro Humberto Martins, DJ de 30.10.2006.

O precedente do STJ, marcando significativa mudança de rumo da sua jurisprudência a respeito da Súmula n. 343-STF, dá importância e atualidade à discussão sobre o alcance dessa súmula e a legitimidade ou não da sua aplicação à luz do atual regime constitucional. Esse é o tema de que se ocupa o presente estudo.

2. O SENTIDO DA SÚMULA N. 343-STF

A Súmula n. 343 tem relação íntima com a hipótese de rescisão da sentença que “violar literal disposição de lei” (CPC, art. 485, V). O conteúdo aberto dessa locução normativa torna polêmica a definição do seu sentido. O que significa “violar literal disposição de lei”? A resposta a essa indagação não é tão simples, a não ser, quem sabe, na particularidade de que a palavra *literal* não pode ser interpretada *literalmente*. Há violação *literal* da lei não apenas quando a sentença sonega o comando emergente de sua *litera*, de suas disposições explícitas, mas também quando não obedece ao seu sentido inequívoco, ainda que implícito. A própria não-aplicação da lei em casos em que ela deve ser aplicada configura hipótese de violação literal. Conforme asseverou Pontes de Miranda, “a expressão ‘erro contra literam’, ou violação da regra (ou texto) literal de lei, nenhuma referência tem a ser escrito ou não-escrito o direito (...). ‘Contra ius, contra literam’ são sinônimos, e mais largos que contra ‘ius expressum’. De modo que pode haver ação rescisória ainda quando a infração do direito concerne àquelas regras sujeitas a interpretação, ou quando se trata de costume ou direito extravagante ou singular, ainda que não notório. A infração da ‘ratio legis’, com infração da regra jurídica (‘contra literam’) não escapa ao art. 485, V”.³

Interpretando o dispositivo, a jurisprudência tradicional, inclusive do STF e do STJ, entende que não é toda e qualquer violação à lei que dá ensejo à ação rescisória. Assim, não se considera violação literal da lei, para esse efeito, a que decorre de sua *interpretação razoável*, de um de seus sentidos possíveis, se mais de um for admitido⁴. Não fosse assim, argumenta-se, a ação rescisória teria, na prática, simplesmente as feições de um novo recurso ordinário, com prazo dilatado. Assim, “para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, prospere, é necessário que a

³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 260.

⁴ STJ, AR n. 208, 2ª Seção, Ministro Nilson Naves, RSTJ 40:17.

interpretação dada pelo *decisum* rescindendo seja de tal modo aberrante, que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não pode vingar, sob pena de tornar-se ‘recurso’ ordinário com prazo de ‘interposição’ de dois anos”.⁵ A ofensa, segundo esse entendimento, há de ser especialmente qualificada. “A ação rescisória não pode ser concebida como mero instrumento voltado, eminentemente, a cercear interpretações construtivas da norma legal, pela jurisprudência, ao argumento de que tais interpretações sempre configurariam violação à disposição literal, como se a ordem jurídica brasileira estivesse formalmente comprometida com a tendência formalista ou mecanicista de revelação do direito concreto”, escreveu o Ministro Bueno de Souza, em julgado sobre o tema⁶.

Também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre houve a tendência de qualificar a ofensa à lei, para efeito de rescisória, com forte adjetivação: é a “violação frontal e direta”,⁷ “é a que envolve contrariedade estridente ao dispositivo, e não a interpretação razoável ou a que diverge de outra interpretação, sem negar o que o legislador consentiu ou consentir no que ele negou”⁸.

Ora, nessa linha de entendimento, é fácil compreender o sentido lógico da Súmula n. 343: se há nos tribunais divergência de entendimento a respeito de um mesmo preceito normativo é porque ele comporta mais de uma interpretação, a significar que não se pode qualificar qualquer uma dessas interpretações, mesmo a que não seja a melhor, como ofensiva ao teor literal da norma interpretada. Foi esse mesmo modo de pensar, aliás, que inspirou a Súmula n. 400-STF, posteriormente editada: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da Constituição Federal”.

Nas duas súmulas há a consagração da doutrina, fortemente assentada no STF antes da Constituição de 1988, da tolerância da interpretação razoável da norma: deve-se aceitar uma interpretação da norma que, embora não seja a mais correta, seja, todavia, *razoável*.

⁵ STJ, REsp n. 9.086, 6ª Turma, Ministro Adhemar Maciel, RSTJ 93:416.

⁶ REsp n. 40, 4ª Turma, Ministro Bueno de Souza, RSTJ 27:247.

⁷ STF, AR n. 1.198, Pleno, Ministro Djaci Falcão, RTJ 125:928.

⁸ STF, AR n. 754, Pleno, Ministro Aliomar Baleeiro, DJ de 27.09.1974.

No que se refere especificamente à Súmula n. 343-STF, essa doutrina enuncia o seguinte: para privilegiar a segurança jurídica representada pela estabilidade da coisa julgada, justifica-se a manutenção das sentenças que tenham dado interpretação *razoável* aos preceitos normativos, *ainda que não a melhor*. Dito de outra forma: em nome da segurança jurídica, toleram-se interpretações equivocadas, desde que não se trate de equívoco aberrante. E se a respeito de certa norma os tribunais divergem, a adoção, pela sentença, de uma das correntes divergentes, *ainda que equivocada*, não pode ser considerada aberrante. Em casos tais, nega-se acesso à ação rescisória.

3. A REJEIÇÃO DA DOUTRINA DA INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL: NÃO-APLICAÇÃO DAS SÚMULAS N. 343-STF E 400-STF

Em se tratando de norma constitucional, o STF vem opondo sistemática resistência, especialmente nos últimos tempos, à doutrina da *interpretação razoável, ainda que não a melhor*. Relativamente à Súmula n. 400, entendeu o Tribunal que não cabia sua aplicação quando a *lei* interpretada fosse a lei constitucional porque “em matéria constitucional não há que se cogitar de interpretação razoável. A exegese de preceito inscrito na Constituição da República, muito mais do que simplesmente razoável, há de ser juridicamente correta”.⁹

E justamente por considerar que “a Súmula n. 343 nada mais é que a repercussão, na esfera da ação rescisória, da Súmula n. 400 - que não se aplica a texto constitucional – no âmbito do recurso extraordinário”,¹⁰ o STF acabou afastando a doutrina da tolerância da interpretação razoável também em ações rescisórias fundadas no inciso V do 485 do CPC: não se aplica o enunciado da Súmula n. 343-STF quando o pedido de rescisão invoca ofensa a preceito constitucional. Sustenta-se, para justificar esse entendimento, que a interpretação da Constituição “não pode ficar sujeita à perplexidade”¹¹, revestindo-se de especial gravidade o descumprimento das normas constitucionais¹². Mais recentemente,

⁹ Agrag n. 145.680-SP, 1ª Turma, Ministro Celso de Mello, DJ de 30.04.1993.

¹⁰ RE n. 89.108, RTJ 101/207, voto do Ministro Moreira Alves

¹¹ RE n. 101.144, 1ª Turma, Ministro Rafael Mayer, RTJ 108:1369

¹² RE n. 89.108, RTJ 101:211; RE n. 103.880, 1ª Turma, Ministro Sydney Sanches, RTJ 114:361 e RE n. 105.205, 1ª Turma, Ministro Sydney Sanches, RTJ 125:267

ênfatizou-se também a preocupação de preservar o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e como instrumento de concretização dos seus postulados, especialmente o princípio da isonomia. Ilustrativa nesse sentido a manifestação do Ministro Gilmar Mendes:

De fato, negar a via da ação rescisória para fins de fazer valer a interpretação constitucional do Supremo importa, a rigor, em admitir uma violação muito mais grave à ordem normativa. Sim, pois aqui a afronta se dirige a uma interpretação que pode ser tomada como a própria interpretação constitucional realizada. Nesse ponto, penso, também, que a rescisória adquire uma feição que melhor realiza o princípio da isonomia. Se por um lado a rescisão de uma sentença representa certo fator de instabilidade, por outro não se pode negar que uma aplicação assimétrica de uma decisão desta Corte em matéria constitucional oferece instabilidade maior, pois representa uma violação a um referencial normativo que dá sustentação a todo o sistema. Isso não é, certamente, algo equiparável a uma aplicação divergente da legislação infraconstitucional.

Certamente já não é fácil explicar a um cidadão porque ele teve um tratamento judicial desfavorável enquanto seu colega de trabalho alcançou uma decisão favorável, considerado o mesmo quadro normativo infraconstitucional. Mas aqui, por uma opção do sistema, tendo em vista a perspectiva de segurança jurídica, admite-se a solução restritiva à rescisória que está plasmada na Súmula n. 343. Mas essa perspectiva não parece admissível quando falamos de controvérsia constitucional. Isto porque aqui o referencial normativo é outro, é a Constituição, é o próprio pressuposto que dá autoridade a qualquer ato legislativo, administrativo ou judicial!

Considerada tal distinção, tenho que aqui a melhor linha de interpretação do instituto da rescisória é aquela que privilegia a decisão desta Corte em matéria constitucional. Estamos aqui falando de decisões do órgão máximo do Judiciário, estamos falando de decisões definitivas e, sobretudo, estamos falando de decisões que, repito, concretizam diretamente o texto da Constituição¹³.

¹³ Voto proferido no julgamento dos Embargos de Declaração no RE n. 328.812, em 06.03.2008, reproduzindo manifestações anteriores no mesmo sentido (AgRg n. 460.439-9, DJ de 09.03.2007).



A orientação do STF em face das Súmulas n. 343 e 400 sustenta-se, em suma, na preocupação fundamental de preservar, em qualquer circunstância, a supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários e de preservar a autoridade do STF de guardião da Constituição, de órgão com legitimidade constitucional para dar a palavra definitiva em temas relacionados com a interpretação e a aplicação da Carta Magna.

Supremacia da Constituição (e sua aplicação uniforme) e autoridade do STF são, na verdade, valores associados e que têm sentido transcendental justamente quando associados. Há, entre eles, relação de meio e fim. Em se tratando de ação rescisória em matéria constitucional, portanto, concorre decisivamente para um tratamento diferenciado do que seja *literal violação* a interpretação da norma na palavra do STF, guardião da Constituição. Ela, associada ao princípio da supremacia e do tratamento isonômico, é que justifica, nas ações rescisórias, a substituição do parâmetro negativo da Súmula n. 343 (*negativo* porque indica que, sendo controvertida a matéria nos tribunais, *não há violação* literal a preceito normativo a ensejar rescisão), por um parâmetro *positivo*, segundo o qual *há violação* à Constituição na sentença que, em matéria constitucional, é contrária a pronunciamento do STF.

4. A DOUTRINA DA INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL E AS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO STJ

A jurisprudência tradicional do STJ é contraditória em relação à doutrina da interpretação razoável. No que se refere à Súmula n. 400-STF, depois de uma vacilação inicial, admitindo-a em alguns recursos especiais¹⁴, o Tribunal passou a rechaçar firmemente a sua adoção, como fizera o STF em matéria constitucional. Sustentou-se, com razão, que a doutrina encartada naquela súmula era incompatível com o sistema recursal implantado pela Constituição de 1988 e com a criação de um tribunal, o STJ, guardião da legislação federal, encarregado de zelar pela sua integridade e pela sua aplicação uniforme.¹⁵ Hoje, ninguém

¹⁴ REsp n. 43 - RJSTJ 2/608; REsp n. 203 - RJSTJ 5/396; REsp n. 281 - RJSTJ 4/1.537

¹⁵ Nessa linha, entre outros: REsp n. 5.936, 4ª Turma, Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ de 07.10.1991; REsp (EDcl) n. 229.189, 2ª Turma, Ministro Peçanha Martins, DJ de 19.12.2003; REsp (EDcl) n. 475.378, 2ª Turma, Ministro Peçanha Martins, DJ de 05.12.2005.

se aventura a invocar a Súmula n. 400-STF para defender o não-conhecimento de recurso especial contra acórdãos que tenham dado à norma *interpretação razoável, ainda que não a melhor*.

Todavia, ao contrário do que ocorreu no STF, o STJ não teve a mesma postura em relação à outra súmula (343-STF) que adota a doutrina de tolerância de interpretação razoável (mesmo que contrária à sua própria jurisprudência). Embora milite a seu favor o argumento da segurança jurídica, é difícil justificar, após a Constituição de 1988, a manutenção dessa súmula. Ao criar o STJ e lhe dar a função essencial de guardião da legislação federal (e, portanto, de seu intérprete oficial), a Constituição impôs ao Tribunal o dever de manter a integridade do sistema normativo, a uniformidade de sua interpretação e a isonomia na sua aplicação. Deu-lhe, também, como missão específica, a de dirimir as divergências dos tribunais locais na interpretação da lei federal, criando, para isso, até mesmo uma específica hipótese de cabimento de recurso especial (CF, art. 105, III, c). Portanto, a partir de 1988, existe no País um tribunal superior com a função (importante para a manutenção do princípio da isonomia e do próprio princípio federativo) de *uniformização* da jurisprudência, bem como a função, que se poderia denominar *nomofilática*, entendida a nomofilaquia no sentido que lhe atribuiu Calamandrei, destinada a *aclarar e integrar* o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme, funções essas com finalidades “que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente”.¹⁶

Por isso mesmo, seria mais natural que o STJ tivesse adotado, em relação à Súmula n. 343, a mesma postura que teve em relação à Súmula n. 400, rejeitando a ambas, exatamente como fez o STF em matéria constitucional. Não se compreende que tenha tido posturas opostas em relação a cada uma delas. As mesmas razões que levaram o Tribunal a afastar a aplicação de uma, deveriam ter provocado o afastamento também da outra, já que ambas têm origem e sustentação na mesma corrente hermenêutica de tolerar sentenças com interpretação menos exata da lei, desde que razoável.

Num dos muitos votos proferidos no sentido de afastar a Súmula n. 400-STF em matéria constitucional, o Ministro Moreira Alves afirmou:

¹⁶ CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Tomo II, tradução de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 104.

“Contraria-se [preceito normativo] não apenas negando vigência, mas também dando interpretação menos exata. Em se tratando de dispositivo constitucional, é cabível recurso extraordinário para examinar, se correta, ou não, a interpretação que as instâncias ordinárias lhe deram. Não fora assim, e deixaria de ser o Supremo Tribunal Federal o sumo intérprete da Constituição e, conseqüentemente, o guardião de sua observância”.¹⁷ Parafraseando essa afirmação e tendo em conta a função institucional do STJ a partir da Constituição de 1988, pode-se dizer: contraria-se a lei federal não apenas negando sua vigência, mas também dando a ela interpretação menos exata, assim considerada a que for contrária a orientação do STJ. Se não for admitido que o STJ exerça o controle da interpretação que as instâncias ordinárias deram à lei federal, afastando as interpretações diferentes da sua (embora razoáveis), deixará o Superior Tribunal de Justiça de ser o intérprete institucional da lei e, conseqüentemente, o guardião da sua observância.

Portanto, ao tolerar interpretação razoável, mas não exata (ou seja, ao admitir que, paralelamente à interpretação que considera a adequada, persista outra interpretação, ainda que *razoável*, da norma), o STJ acaba operando em sentido oposto ao de suas atribuições. Certamente não estará zelando por dar à norma federal a necessária interpretação uniforme e nem estará atuando por sua aplicação uniforme para todos os destinatários. Pelo contrário: essa postura representa a expressa consagração da legitimidade de diferentes interpretações da mesma lei federal, bem como, conseqüentemente, da sua aplicação não uniforme. Representa, portanto, inquestionavelmente, um severo comprometimento da própria função institucional do Superior Tribunal de Justiça.

É importante, por isso, que, também nesse campo, o STJ assimile inteiramente o seu papel constitucional. É indispensável que se dê conta da responsabilidade que tem no sistema de interpretação das normas. Conforme anota a doutrina mais avisada, “já não se poderá dizer, efetivamente, que o Superior Tribunal de Justiça simplesmente ‘declare’ a solução mais adequada para determinados casos ou assuntos submetidos à sua jurisdição. Ele também estará criando ou adicionando algo de novo na formulação das regras jurídicas. Assim, o precedente judiciário, à vista da legislação moderna, assume papel decisivo”¹⁸.

¹⁷ RE n. 81.429 – RTJ 89/873.

¹⁸ KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*, RJ:

Procedem, assim, a crítica e as recomendações da doutrina a respeito da jurisprudência tradicional do STJ sobre a Súmula n. 343-STF:

Essa posição ambígua do Superior Tribunal de Justiça não é digna de encômios e termina por demonstrar a falta de sensibilidade do Tribunal com sua função institucional de assegurar a uniformidade do direito federal. Talvez o Superior Tribunal de Justiça não tenha ainda percebido de que, a exemplo do que ocorre com o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, é o STJ o responsável pela última e, conseqüentemente única, obrigatória e vinculante interpretação do direito federal infraconstitucional.

A exemplo do que ocorreu com o Supremo Tribunal Federal, que inicialmente afastou a aplicação da Súmula n. 400 e depois estendeu o mesmo entendimento para a Súmula n. 343, acreditamos e esperamos que o Superior Tribunal de Justiça, fazendo valer sua missão constitucional, também afaste a aplicação da Súmula n. 343 para admitir a propositura da ação rescisória quando a decisão trãnsita em julgado afrontar entendimento jurisprudencial sedimentado no Tribunal, uniformizando a aplicação do direito federal e distribuindo a justiça ao conferir tratamento igual a situações jurídicas idênticas.¹⁹

5. A INDISPENSÁVEL VALORIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA, ESPECIALMENTE EM FACE DE RELAÇÕES JURÍDICAS DE TRATO CONTINUADO E DE SENTENÇAS COM EFEITOS PROSPECTIVOS

Por outro lado, há a questão da igualdade. Da fecunda densidade normativa do princípio constitucional da isonomia se extrai primordialmente o dever do Judiciário de dar tratamento *jurisdicional* igual para situações iguais²⁰. Ora, não há como negar que a Súmula n.

Forense, 2005, p. 54.

¹⁹ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, RJ: Lúmen Júris Editora, 2005, p. 45.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 16ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1999, p. 221; BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Ediouro, 1996, p. 25; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, p. 380; SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, cit., p. 85.

343 e a doutrina da tolerância da *interpretação razoável* nela consagrada têm como resultado necessário a convivência simultânea de duas (ou até mais) interpretações diferentes para o mesmo preceito normativo e, portanto, a cristalização de tratamento diferente para situações iguais. Em outras palavras, ela impõe que o Judiciário abra mão, em nome do princípio da segurança, do princípio constitucional da isonomia, bem como que o STJ, em nome daquele princípio, também abra mão de sua função nomofilática e uniformizadora, de intérprete oficial da lei federal, permitindo que, objetivamente, fique comprometido o princípio constitucional da igualdade.

Embora esse fenômeno possa não atingir a dimensão de gravidade que teria se decorresse da aplicação da norma constitucional pelo STF, o certo é que o descaso à isonomia em face da lei federal não deixa de ser um fenômeno também muito grave e igualmente ofensivo à Constituição. Ora, um dos principais papéis institucionais do STJ é, justamente, o de zelar pela aplicação isonômica da lei federal. A propósito, com inteira propriedade, escreveu Rodolfo Camargo Mancuso:

Se o constituinte considerou a divergência jurisprudencial sobre questão federal como fundamento para o acesso ao STJ, via recurso especial, é porque julgou imperioso que a igualdade de todos os brasileiros perante a lei deve ser válida também no âmbito judiciário, isto é, quis que a igualdade se realizasse também em face da lei quando esta tenha o seu momento judicial, vindo interpretada pelo Judiciário na resolução dos casos concretos. Por outras palavras, a segunda leitura do princípio constitucional da igualdade permite inferir que o fato de a jurisdição singular realizar-se em cada caso concreto, pela subsunção do fato à norma, não implica a conclusão de que os cidadãos devam conformar-se com a prolação de respostas judiciárias discrepantes, acerca de um mesmo texto legal, na ausência de motivos ponderosos e supervenientes que justifiquem tal diversidade.

É dizer: a mensagem deixada pelo constituinte é no sentido de que os Tribunais devem laborar pela uniformização de sua jurisprudência, assim buscando a aproximação entre os valores do jurídico e do justo, de tal arte propiciando que o princípio da igualdade se realize em toda sua plenitude. No ponto, José Ignácio Botelho de Mesquita: 'Essa uniformidade contemporânea é uma

exigência óbvia da igualdade de todos perante a lei. Não será igual para todos a lei que, para alguns, seja interpretada num sentido e, para outros, seja interpretada em sentido oposto. A unidade do sentido da lei é pressuposto da igualdade perante a lei. Por esta razão, constitui imperativo constitucional e dever indeclinável dos tribunais uniformizar a sua própria jurisprudência’.

A se entender de outro modo, se chegaria a um *non sense*: a lei enquanto norma abstrata e geral seria oponível de maneira isonômica, indiscriminadamente, a todos os brasileiros, ao longo do território nacional; mas, já não assim quando se desse a formação de uma lide, quando então a norma comportaria diversas inteligências, ao sabor de cada órgão jurisdicional, ou de cada instância judiciária, chegando-se, no plano horizontal, ao paroxismo de a mesma lei federal merecer diversos significados, conforme se trate da interpretação paulista, por sua vez diversa da mineira, esta a seu turno distinta da gaúcha; no plano vertical, teria o jurisdicionado que aceitar uma interpretação de 1º grau, totalmente descompromissada daquela de 2º grau, e assim sucessivamente pelas instâncias subseqüentes, sem um oásis de consenso onde se recompusesse a vera inteligência da norma legal. Em breves palavras, é como se a uniformidade jurisprudencial fosse uma utopia e a discrepância, uma sorte de *karma* nacional, insuperável.

Muito ao contrário, sendo o Brasil uma República Federativa, instalada em território de dimensões continentais, cujo modelo político se triparte entre a União, Estados e Municípios, com a jurisdição de tipo unitária, sobreleva o interesse nacional em que a inteligência das leis seja uniformizada, como exigência de justiça e paz social. A competência reconhecida ao relator, no STJ, para negar seguimento a recurso especial ‘contrário à súmula do Tribunal’ (CPC, art. 557, *caput*, c.c. RISTJ, art. 34, XVIII), indica claramente a expectativa dessa Corte Superior em que seu Direito sumular opere, desde logo e preventivamente, na eliminação da divergência sobre a interpretação do Direito Federal, sinalização essa que se endereça às instâncias precedentes, quando devam interpretar e aplicar o Direito Federal aos casos concretos²¹.

²¹ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, 3ª ed.. SP: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 274/275.

Não há como justificar, sob esse foco, a teoria da tolerância a interpretações razoáveis, contrárias à do STJ, já que ela importa, na prática, o sacrifício sistemático do princípio da igualdade, superiormente sagrado e inafastável em qualquer sistema democrático, e inibe a intervenção jurisdicional do Tribunal tendente a corrigir as situações de discriminação negativa criada no âmbito judicial.

Os efeitos da convivência de sentenças anti-isonômicas se manifestam de modo especialmente nocivos quando atingem relações jurídicas de trato continuado. Aqui, considerada a eficácia prospectiva inerente a essas sentenças, em lugar da igualdade, é a desigualdade que assume caráter de estabilidade e de continuidade. O tratamento jurisdicional desigual, com tendência a se projetar para o futuro, acaba criando situações discriminatórias absolutamente intoleráveis inclusive sob o aspecto social e econômico. O caso a que se refere o precedente citado ao início deste estudo é típico: como justificar que duas pessoas, em idênticas condições, filiadas ao mesmo regime de previdência privada, que fizeram a mesma contribuição, no mesmo período, e que recebem o mesmo benefício complementar da mesma entidade privada de previdência, fiquem submetidas, anos a fio, a regimes tributários diferenciados, uma com carga maior do que a outra?

Manter a Súmula n. 343-STF em situações como essa, mesmo em se tratando de ação rescisória por ofensa a lei federal (e não diretamente à Constituição) é, pois, decisão duplamente inconstitucional: primeiro, por cancelar situação de discriminação negativa, ofensiva ao princípio da isonomia; e segundo, por retirar do STJ a sua função institucional de guardião da lei federal, que lhe impõe o dever de uniformizar a interpretação e a aplicação do direito pelo qual zela.

6. A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA EM DIREÇÃO AOS PRECEDENTES VINCULANTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

É relevante considerar também que a doutrina da tolerância da interpretação razoável está na contra-mão do movimento evolutivo do direito brasileiro, que caminha no sentido de prestigiar cada vez mais a força vinculante dos precedentes dos Tribunais Superiores. Trata-se, é bom registrar, de movimento semelhante ao que se verifica em outros países, constituindo-se em fator de aproximação dos diversos sistemas do direito moderno²².

²² SOTELO, José Luiz Vasquez. *A jurisprudência vinculante na "common law" e na "civil law"*, in: Temas

Um olhar sobre a sucessão histórica das normas editadas a respeito ilustra essa afirmação. Nos primórdios da fase republicana malogrou o esforço inicial, empreendido especialmente pela doutrina de Ruy Barbosa, pela adoção entre nós de sistema semelhante ao *stare decisis*.²³ Os primeiros passos em direção à eficácia vinculante dos precedentes se deu na Constituição de 1934, quando foi criado o instituto da suspensão, pelo Senado, da lei declarada inconstitucional pelo STF, alternativa para atribuir força de *stare decisis* aos precedentes, universalizando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade tomada em controle difuso. Em 1963, o Regimento Interno do STF (art. 102) instituiu a *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal*, instrumento prático ainda hoje importantíssimo para viabilizar a força persuasiva dos precedentes da Corte. A partir da EC n. 16/1965, com a criação da representação de inconstitucionalidade, passaram a ser desde logo vinculantes *erga omnes* as decisões do STF nas ações de controle concentrado de constitucionalidade das normas, o que foi sobremodo acentuado na Constituição de 1988 (que ampliou o sistema e criou a ADPF - Arguição de descumprimento de preceito fundamental) e pela EC n. 3/1993, com a criação da ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade, instrumentos mantidos e aperfeiçoados pela EC n. 45/2004 (art. 102, I, a e §§ 1º e 2º; e art. 103).

No plano infraconstitucional, a valorização dos precedentes é fenômeno igualmente bem visível. No regime original do CPC 1973, previu-se mecanismo de uniformização de jurisprudência e de edição de súmulas (art. 479), a evidenciar a preocupação com o princípio da isonomia nas decisões judiciais. Logo depois, a LC n. 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura), autorizou que, nos processos de competência do TFR, o relator negasse seguimento a recurso contrário a “súmula do Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal” (art. 90, § 2º), o que representou manifestação superlativa da força desses enunciados. Essa competência foi incorporada, por via pretoriana, pelos TRFs, a partir de sua criação, em 1989. Seguiu-se, no mesmo sentido, a Lei n. 8.038/1990, que, em seu art. 38, autorizou o relator, no STF e no STJ, a negar seguimento a recurso contrário a “súmula do respectivo tribunal”.

Atuais de Direito Processual Ibero-Americano, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 374.

²³ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires, São Paulo, Saraiva, 1933, IV volume, p. 268.

O movimento em direção à força dos precedentes (não apenas dos sumulados, mas também dos demais) foi acelerado com as reformas do CPC ocorridas a partir de 1994. A nova redação do art. 557 e de seus parágrafos autorizou o relator, nos tribunais, a, individualmente, negar seguimento a recursos, quando a decisão recorrida estiver adequada às súmulas ou à jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou dos tribunais superiores; e a dar-lhes provimento, quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores. Pelos parágrafos 3º e 4º do art. 544 foi atribuída competência ao relator de Agravo de Instrumento em recurso especial e em recurso extraordinário para, desde logo, invocando jurisprudência ou súmula do STJ ou STF, conhecer do agravo e prover o próprio REsp ou o próprio RE. O parágrafo único do art. 481 instituiu o sistema de vinculação dos órgãos fracionários dos Tribunais aos seus próprios precedentes e, quando houver, aos do STF, nos incidentes de inconstitucionalidade. Em 1998, o parágrafo único do art. 120 trouxe autorização para o relator decidir de plano conflito de competência quando há “jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada”. Em 2001, o § 3º do art. 475 dispensou o reexame necessário das sentenças que adotaram jurisprudência do plenário do STF ou súmula do tribunal superior competente. Na mesma época, o art. 741, parágrafo único, passou a atribuir a decisões do STF sobre a inconstitucionalidade de normas (mesmo em controle difuso), a eficácia de inibir a execução de sentenças a ele contrárias (verdadeira eficácia rescisória), o que foi reafirmado em 2005, pelo art. 475-L, § 1º do CPC.

No âmbito dos Juizados Especiais Federais, a força vinculante dos precedentes foi instituída como inerente e essencial ao funcionamento do sistema. Assim, o art. 14 da Lei n. 10.259/2001 criou o mecanismo de “uniformização de interpretação de lei federal”, prevendo a eficácia vinculativa dos precedentes da “Turma de Uniformização” (§ 2º) e, sobretudo, da jurisprudência do STJ (§ 4º). Deu-se ali o passo inicial para o sistema de julgamentos uniformes de demandas repetitivas, seja no âmbito do incidente de uniformização (art. 14, §§ 5º a 8º), seja no âmbito dos recursos extraordinários (art. 15).

O sistema de vinculação a precedentes continuou sendo aprofundado. Em 2006, o art. 518, § 1º passou a considerar descabida a apelação contra sentenças proferidas com base em súmula do STF

ou do STJ (típica consagração da súmula impeditiva de recurso). No mesmo ano, os art. 543-A e 543-B, ao disciplinar a “repercussão geral” para efeito de conhecimento de recursos extraordinários (art. 102, § 3º da CF), reafirmaram notavelmente e deram sentido prático à força dos precedentes do STF. Desde logo, considerou-se como de “repercussão geral” a “decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal” (art. 543-A § 3º). Instituiu-se também um sistema de decisão vinculante “quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia” (art. 543-B): o tribunal local seleciona “um ou mais recursos representativos da controvérsia”, a serem remetidos ao STF, ficando os demais retidos na origem; firmado o precedente pelo STF, ele servirá de norte para julgamento dos demais recursos (sobrestados) “pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se” (art. 543-B, § 3º). Caso isso não ocorrer, ao STF, segundo as normas regimentais, caberá “cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada” (art. 543-B, § 4º).

Agora, em 2008, foi editada a Lei n. 11.672, de 08.05.2008, que acrescentou o art. 543-C ao CPC, instituindo, para recursos especiais repetitivos, um sistema de julgamento semelhante ao da repercussão geral. Tal sistema, conforme referido, tem como base não apenas a outorga de força vinculante aos precedentes do STJ, mas também a instituição de fórmulas procedimentais para tornar concreta e objetiva a sua aplicação aos casos pendentes de julgamento.

Esse panorama ilustra a elevada força que a Constituição e as leis atribuem aos precedentes do STF e do STJ. Embora não seja certo “dizer que o juiz brasileiro, p. ex., está jungido ao precedente tanto quanto o estaria um juiz norte-americano ou inglês”, também “será falso, mormente na atualidade, dizer que o precedente é uma categoria jurídico-processual estranha ao direito pátrio, ou que tem apenas uma força meramente persuasiva”, anotou argumentamente o Professor Danilo Knijnik²⁴. Ora, essa constatação é mais uma evidência da atual fragilidade da doutrina da tolerância de *interpretações razoáveis*. Já não há como manter tal doutrina, na amplitude até agora admitida, quando a interpretação tida por *razoável* for contrária aos precedentes dos tribunais superiores.

²⁴ KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*, cit., p. 59

7. CONCLUSÃO

Por todas essas razões, justifica-se plenamente a mudança de orientação do STJ em relação à Súmula n. 343-STF. É de se ter como ofensiva a literal disposição de lei federal, para efeito de rescisória, qualquer interpretação contrária à que lhe atribui o STJ, seu intérprete institucional. A existência de interpretações divergentes da norma federal, antes de inibir a intervenção do STJ (como recomenda a súmula), deve, na verdade, ser o móvel propulsor para o exercício do seu papel de uniformização. Se a divergência interpretativa é no âmbito de tribunais locais, não pode o STJ furtar-se à oportunidade, propiciada pela ação rescisória, de dirimi-la, dando à norma a interpretação adequada e assim firmando o precedente a ser observado; se a divergência for no âmbito do próprio STJ, a ação rescisória será o oportuno instrumento para uniformização interna; e se a divergência for entre tribunal local e o STJ, o afastamento da Súmula n. 343-STF será a via para fazer prevalecer a interpretação assentada nos precedentes da Corte Superior, reafirmando, desse modo, a sua função constitucional de guardião da lei federal.

**AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA MATERIAL
DA JUSTIÇA DO TRABALHO PELA EMENDA
CONSTITUCIONAL N. 45/2004
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO
MORAL OU PATRIMONIAL DECORRENTE
DA RELAÇÃO DE TRABALHO INCLUSIVE DE
ACIDENTE DO TRABALHO**

Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

*Ministra do Tribunal Superior do Trabalho
Presidente Honorária da Academia Nacional
de Direito do Trabalho*



**AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO PELA
EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL OU PATRIMONIAL DECORRENTE
DA RELAÇÃO DE TRABALHO INCLUSIVE DE ACIDENTE DO TRABALHO**
Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

**I. A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004 E A REFORMA DO
PODER JUDICIÁRIO**

O processo de globalização da economia vem deixando marcas profundas nos sistemas jurídicos. Podemos refletir sobre a questão a partir de três perspectivas complementares: redefinição das fontes de Direito, concentração da produção de Direito em instâncias não legislativas e supressão ou redução dos direitos sociais.

Nesse contexto, a E.C. n. 45, que aprovou a Reforma do Poder Judiciário, introduziu relevantes alterações no ordenamento jurídico, em especial no tocante à competência material da Justiça do Trabalho. Justifica-se, pelo aumento da informalidade e de modalidades alternativas de prestação de trabalho, a ampliação dessa competência para conhecer e julgar as causas derivadas de litígios decorrentes do trabalho pessoal prestado em favor de outrem, independentemente do vínculo de subordinação tradicionalmente definidor dessa competência.

II. AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Emenda Constitucional n. 45, publicada em 31.12.2004, que implantou a primeira etapa da *Reforma do Poder Judiciário no Brasil*, atribuiu à Justiça do Trabalho “competência para julgar lides de natureza

diversa que tenham o trabalho como fundamento” (João Oreste Dalazen, *in* “A Reforma do Judiciário e as Novas Competências da Justiça do Trabalho”, integrante do livro “Nova Competência da Justiça do Trabalho”, Anamatra, Ed. LTr, 2005).

Na sua redação original, o artigo 114, da Constituição de 1988, estabelecia três hipóteses de competência material da Justiça do Trabalho: 1ª. dissídios típicos emergentes do contrato de trabalho (entre trabalhadores e empregadores); 2ª. outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, previstas em lei suplementar; 3ª. execução de suas próprias decisões.

A Emenda Constitucional n. 45, publicada em 31.12.2004, proclama a unidade da jurisdição trabalhista e traz à competência da Justiça do Trabalho o processamento e julgamento dos seguintes litígios:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - as ações que envolvam o exercício do direito de greve;

III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos e trabalhadores ou entre sindicatos e empregadores;

IV - os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I;

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII - as ações relativas a penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

O conceito de *relação de trabalho* adotado pela EC n. 45/2004, no que diz com o inciso I do artigo 114, envolve os chamados “contratos de atividade”. As novas competências compreendem o exame e julgamento de litígios decorrentes do trabalho subordinado (regido pela CLT) e autônomo, sem vínculo de subordinação, contratos de prestação de serviços em geral (art. 593, CC), representação comercial (Lei n. 4.886, de 1965), corretagem (art. 722, CC), contrato de transporte (art. 730, CC), empreitada, arrendamento, parceria rural, cooperativas de trabalho; assim, as lides advindas dos contratos de atividade em geral, quando houver prestação pessoal de serviços.

Nesta oportunidade, vamos examinar o item VI, inclusive o comportamento da jurisprudência em relação às questões que envolvem a prorrogação da competência e a prescrição.

II.1. O INCISO VI DO ART. 114 CF – COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO

A competência material da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrente da relação de trabalho, *antes mesmo da EC n. 45/2004*, já era afirmada pelo Tribunal Superior do Trabalho, em jurisprudência sumulada.¹ O acidente de trabalho, contudo, não integrava necessariamente tais hipóteses, sendo controvertido o tema da competência material:

Súmula n. 15 do Superior Tribunal de Justiça: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho”

Após o advento da EC n. 45/2004, em célebre decisão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do CC n. 7207-1, firmou entendimento – contrariando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – pela competência da Justiça do Trabalho, também quando a indenização postulada decorrer de dano causado por acidente de trabalho, em acórdão assim ementado:

¹ Súmula n. 392 do TST – Dano Moral. Competência da Justiça do Trabalho (conversão da OJ n. 327 da SBDI1). Nos termos do art. 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho.”

Ementa: Constitucional. Competência judicante em razão da matéria. Ação de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, Proposta pelo empregado em face de seu (ex-) empregador. Competência da Justiça do Trabalho. Art. 114 da Magna Carta. Redação anterior e posterior à Emenda Constitucional n. 45/2004. Evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Processos em curso na Justiça Comum dos Estados. Imperativo de política judiciária.

1. Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu ex-empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros.

2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores.

3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária - haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa -, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC n. 45/2004. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço.

4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC n. 45/2004, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação.

5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto.
6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.1999, ocasião em que foi cancelada a Súmula n. 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete.
7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho” (STF-CC n. 7.204-MG, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Britto, DJ 09.12.2005)

A *conclusão* é no sentido de que a alteração da competência prevista no inciso VI, decorrente da Emenda Constitucional, limitou-se à questão do acidente de trabalho. Anteriormente a ela, já se reconhecia a competência da Justiça do Trabalho para o processamento e julgamento de demandas cuja causa de pedir remota (legislação aplicável) se reportava à legislação civil – *v.g.* indenização por danos morais em decorrência de despedida por justa causa vexatória.

Em acórdão que relatei no Tribunal Superior do Trabalho, no RR 930/2001-010-08-00.6, decidiu-se que, nos termos do artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição da República, sede material da obrigação de indenizar, o dano por acidente de trabalho dá ensejo a dupla esfera protetiva. A primeira proteção é o seguro social, de natureza previdenciária, da competência da Justiça Comum. A segunda decorre diretamente da relação de trabalho e consiste na indenização pelos danos material e moral. A competência para apreciação e julgamento dessa segunda pretensão é da Justiça do Trabalho.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, formada na vigência da Constituição da República de 1988, já estava pacificada no sentido da competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar Reclamação Trabalhista versando pedido de indenização por dano

material e moral decorrente da relação empregatícia. A discussão sobre a competência ganhou fôlego quando o dano imputado ao empregador decorre de acidente de trabalho sofrido pelo empregado.

A divergência jurisprudencial, que perdurou por longos anos, fundamenta-se na interpretação dos artigos 114 e 109, da Constituição da República, *in verbis*:

Constituição da República de 1988: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos *entre trabalhadores e empregadores*, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, *outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho*, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.” (*destacado*)

EC n. 45/2004: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
(...) ”

VI. As ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;...”

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de *acidentes de trabalho* e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;
(...) ”

§ 3º Serão processadas e julgadas na *justiça estadual*, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual. (*destacado*)

As Constituições de 1946, de 1967 e a Emenda de 1969 ressaltavam da competência da Justiça do Trabalho “os litígios relativos a acidentes



do trabalho, atribuídos à competência da justiça ordinária dos Estados” (art. 142, § 2º EC n.1/1969).

Se a EC positivou o gênero, todas as espécies estão compreendidas, em especial a proveniente de acidente de trabalho.

O acidente de trabalho só pode ocorrer dentro da relação de trabalho, porque *secundum legem* é o que ocorre com o empregado segurado (arts. 19 a 21 da Lei n. 8.213/1991).

O art. 114 fixou a competência da Justiça do Trabalho e não indicou qualquer ressalva.

O art. 109, por sua vez, não fixa a competência da Justiça Estadual para julgar causas de acidente do trabalho. Dispõe que a competência não é da Justiça Federal, expressamente, porque o Juízo natural nos litígios entre o segurado e o INSS seria a Justiça Federal, por ser o INSS uma autarquia federal.

Pela Lei n. 9.032/1995, os benefícios acidentários foram equiparados aos previdenciários. As prestações têm o mesmo valor. O segurado não tem mais interesse em discutir o enquadramento como acidente na Justiça Comum para fins de percepção do benefício previdenciário.

Nos termos do artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição da República, são direitos dos trabalhadores (i) o *seguro contra acidentes de trabalho*, além da (ii) *indenização* pelos danos sofridos, quando o empregador incorrer em dolo ou culpa. Observe-se:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

O Juiz de Direito não analisa os pressupostos da responsabilidade civil (dolo, culpa ou nexo causal), pois o benefício previdenciário tem assento na responsabilidade objetiva do Estado – art. 7º, XXVIII, CF.

Constata-se, pelo exame desse dispositivo, que, ao contrário do que ocorre em países como Argentina e França, onde o acidente de trabalho gera única pretensão do trabalhador (DE SOUZA, Mauro C. M., *Responsabilidade Civil decorrente do Acidente do Trabalho*. Campinas: Agá Iuris, 2000, pp. 178/184), no ordenamento jurídico brasileiro, o dano por acidente de trabalho dá ensejo a dupla esfera protetiva.

A primeira proteção, de natureza previdenciária, é exigível do INSS por meio da Justiça Comum. Essa proteção, no entanto, não se vincula a uma segunda, que decorre diretamente da relação de trabalho e consiste na indenização pelos danos material e moral. A competência para apreciação e julgamento dessa segunda pretensão é da Justiça do Trabalho.

Ao estabelecer que a eventual indenização pelo respectivo dano constitui *direito dos trabalhadores*, o constituinte conferiu a essa parcela natureza laboral. Dessa forma, inegável a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar as pretensões a indenização por danos material e moral.

Vale ainda notar que, para fixar o foro competente à apreciação da lide, é irrelevante apurar se o fato jurídico que deu ensejo à controvérsia subsume-se a norma de Direito Civil, *in casu*, o artigo 186 do Código Civil. Se a obrigação de indenizar os danos material e moral decorre diretamente do vínculo empregatício, a Justiça do Trabalho é competente para conhecer e julgar a Reclamação Trabalhista.

Isso porque, segundo o artigo 114 da Constituição da República, a competência para apreciar dissídios entre trabalhadores e empregadores oriundos da relação de emprego é da Justiça Especializada. Corrobora esse entendimento a Súmula n. 736, editada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal².

II.II. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – SISTEMÁTICA ADOTADA PARA APURAÇÃO DO DANO

Até a entrada em vigor da Constituição da República de 1988, a orientação jurisprudencial assentava-se na impossibilidade de ressarcimento do dano moral. O advento da Carta Magna estabeleceu,

² Súmula n. 736 do STF: “Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.”



entre os direitos fundamentais, a indenização por dano moral, encerrando as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre sua existência.

Nesse sentido, observe-se o disposto no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Com base no entendimento de que o dano moral se configura com a caracterização do ato ilícito, o Código Civil de 2002 buscou atualizar a previsão normativa sobre o assunto. Por força do artigo 186, o dano, ainda que exclusivamente moral, recebeu previsão expressa. Observe-se:

Art. 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Na esfera trabalhista, a reparação dos danos morais visa à proteção da *dignidade* do trabalhador. Em respeito a esse princípio, o Tribunal Superior do Trabalho, mesmo antes da vigência da Constituição da República, já tendia a admitir a indenização por dano moral.

Dispõe o artigo 944 do Código Civil que a indenização deve ser proporcional ao dano causado, observando-se a situação tanto do ofensor quanto do ofendido.

Atualmente, a jurisprudência e a doutrina são uníssonas em admitir a indenização por dano moral na esfera trabalhista. Questão mais complexa, no entanto, diz respeito à fixação do *quantum* indenizatório.

O arbitramento do dano moral, pelas próprias circunstâncias que o definem, tem ocorrido de forma preponderantemente subjetiva, segundo critérios de justiça e equidade, ainda que, em cada situação específica, seja dada ao magistrado a oportunidade de fixar parâmetros à apreciação do dano sofrido.

A indenização tem o escopo de, por um lado, compensar a vítima pelo dano moral decorrente e, por outro, punir o infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia. A fixação desse valor realiza-se via critério estimativo, segundo a prudente discricionariedade do magistrado, apurando-se o *quantum* indenizatório com base nas “possibilidades do lesante” e nas “condições do lesado”.

Têm prevalecido para fixar as indenizações por danos morais critérios de proporcionalidade e de razoabilidade. Considera-se o tamanho da dor, do sofrimento, da humilhação, o grau de culpa do lesante, a sua condição econômica de suportar o pagamento, o tempo de serviço do empregado. Os juízes estão considerando valores e não princípios, e nessa perspectiva estão adotando como critério de interpretação e de aplicação subsequente da norma jurídica a teoria do balanceamento.

É necessário que a segurança jurídica, princípio fundamental, seja efetivamente implementado, que o Poder Judiciário tome decisões que satisfaçam a um só tempo a exigência de segurança jurídica, de certeza do Direito, de justiça e equidade. A argumentação valorativa parece inadequada, pois considera argumentos subjetivos, inadmissível num sistema jurídico em que se pretende uma aplicação íntegra e coerente do Direito. A adoção da argumentação valorativa contém elementos de conteúdo individualizante que podem retirar a importância histórica e institucional do princípio que ampara a pretensão reparatoria assim como a sua própria normatividade.

O que o Magistrado deve buscar ao interpretar e aplicar o Direito? A coerência, ele deve levar em consideração a história da comunidade, que revela os princípios constitucionais, o que garante a compreensão de que a sociedade está estruturada no ideal da igual consideração e respeito; o texto legal, a intenção do legislador, o conteúdo das decisões pretéritas, no contexto em que foram produzidas, buscando, a partir do caso concreto, observar e verificar como se poderia manter íntegro o desenvolvimento do Direito, como ensina Ronald Dworkin. É preciso que o Julgador faça uma apropriação crítica da história do Direito, para que a interpretação tenha em vista essa integridade, essa coerência, na perspectiva do Direito como integridade.

II.III. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL – REDUÇÃO PARCIAL DA CAPACIDADE LABORATIVA

Nos termos do art. 950 do Código Civil, a indenização a título de dano material decorrente de acidente de trabalho engloba: (i) o dano emergente, (ii) o lucro cessante e (iii) pensão proporcional à importância do trabalho para o qual se inabilitou ou à depreciação que sofreu.

O dano emergente deve corresponder ao valor das despesas gastas com o tratamento (médico, psicológico) até a recuperação.

O lucro cessante diz respeito aos valores que os trabalhadores concretamente deixarem de auferir até o fim da convalescença.

O pensionamento, por sua vez, é devido se, após a convalescença, restarem seqüelas que reduzam a capacidade laborativa do trabalhador.

II.III.I. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL – PENSIONAMENTO – PAGAMENTO MENSAL X PARCELA ÚNICA

Segundo *supra* mencionado, a indenização é gênero que compreende o dano emergente, o lucro cessante e o pensionamento. A legislação não determina se a indenização devida a título de pensionamento deve ser fatiada em parcelas mensais. A jurisprudência, construída em litígios de *natureza civil*, vem entendendo ser devido o pagamento mensal do *quantum* indenizatório.

No Direito do Trabalho, entretanto, a indenização a título de pensionamento deve observar as especificidades que regem a relação de emprego. Ao contrário do que ocorre no Direito Civil, aqui vige o *princípio da proteção* e o *princípio da alteridade*, que visam a atenuar a desigualdade inerente ao contrato de trabalho.

O *princípio da proteção* informa que, na Justiça Especializada, as regras, estrutura, institutos e princípios formam uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o *trabalhador*. Assim, o pensionamento deve adaptar-se à situação de desigualdade na relação de trabalho, possibilitando uma real proteção ao trabalhador.

Segundo o *princípio da alteridade*, os riscos do empreendimento correm à *exclusiva* responsabilidade do empregador, não se admitindo a

distribuição de prejuízos ou perdas aos empregados, ainda que verificados reais prejuízos ou perdas no âmbito do empreendimento. A instabilidade econômica e as alterações na saúde financeira das empresas devem correr à exclusividade do empregador.

O risco, inerente ao *capital*, é avesso às verbas trabalhistas. Isso porque à inconstância do *capital* se contrapõe a inevitabilidade das verbas decorrentes da relação laboral, que possuem natureza alimentar. Por esse motivo, admite-se que a indenização a título de pensionamento, na esfera trabalhista, seja concedida de uma só vez.

O parágrafo único do art. 950 do Código Civil dispõe que o prejudicado poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Seguindo os princípios da proteção e da alteridade, cumpre à jurisprudência adaptar os institutos à realidade, aproximando o Direito do Trabalho das mutações econômico-sociais.

A natureza alimentar da obrigação trabalhista justifica condenação do empregador ao pagamento único para que não fiquem os ex-empregados submetidos às leis do mercado ou dependentes da solidez econômico-financeira do empreendimento. Admitir necessariamente o parcelamento da indenização importaria em submeter o empregado a execuções futuras e sucessivas.

III. RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRABALHO – SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO - PREVISIBILIDADE DO RISCO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA COM CULPA PRESUMIDA

Efeitos diversos resultam da opção por uma ou outra modalidade de responsabilidade civil na apuração do dever de indenizar. A teoria da responsabilidade objetiva, cujos elementos identificados são o *dano*, a *conduta* e o *nexo causal*, prescinde da comprovação da culpa. Desse modo, simples demonstração do nexo entre a conduta ilícita do empregador e o dano sofrido pelo empregado é suficiente para que surja o dever de indenizar.

Por sua vez, a teoria da responsabilidade subjetiva, além dos elementos inerentes à anterior, requer a comprovação da *culpa* –



negligência, imprudência ou imperícia – na conduta causadora do *eventus damni*. Nessa hipótese, o acidente de trabalho apenas ensejaria a responsabilização do empregador se devidamente demonstrada sua conduta culposa.

É inegável que, em atividade de alto risco à saúde e segurança dos trabalhadores, deve o empregador providenciar alto padrão de segurança, incluindo treinamento especializado para os empregados.

A licitude da atividade comercial exercida pelo empregador não o exime da responsabilidade de providenciar plenas condições de segurança e saúde para o exercício do trabalho. Como debatido na 91ª Conferência da Organização Internacional do Trabalho, realizada entre os dias 3 e 19 de junho de 2003, em Genebra, na Suíça, é necessário construir uma cultura de prevenção em matéria de segurança e saúde do trabalho, compatível com a realidade do mundo globalizado (Relatório da 91ª Conferência Internacional do Trabalho. Tribunal Superior do Trabalho, 2003, cap. 22/1 a 22/50).

Nesse contexto, se, por um lado, o aumento de competitividade e o desenvolvimento tecnológico colocam cada vez mais em risco a saúde do trabalhador, por outro, é fundamental que esse mesmo desenvolvimento lhe propicie condições adequadas para o exercício saudável da profissão. Assim, é *dever* do empregador promover gestão racional das condições de segurança e saúde no trabalho, adequadas ao risco da atividade exercida. Ao deixar de providenciar essas medidas, o empregador viola o *dever objetivo de cuidado* exigido em serviço de alto risco, configurando-se a conduta culposa.

Com o auxílio da doutrina penalista, entende-se por *dever objetivo de cuidado* o dever de se “adotar toda a cautela, toda a preocupação e precaução, todo o cuidado possível, para não causarmos, com nossos comportamentos, lesões aos bens jurídicos” (TELES, Ney Moura. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 228). Essa exigência é dirigida a todos e obriga a atentar para determinadas regras de comportamento que, ainda que não escritas ou expressas, tornam-se necessárias à harmonia da vida social.

Nesse sentido, a apuração da culpa no acidente de trabalho deve adequar-se à especial proteção conferida pelo ordenamento jurídico

ao trabalhador. Essa proteção concretiza-se, dentre outras formas, pela inversão do ônus da prova, quando verificada a impossibilidade de sua produção pelo empregado e a maior facilidade probatória do empregador. Nesse sentido, preconiza Carlos Alberto Reis de Paula, *in* “A Especificidade do Ônus da Prova no Processo do Trabalho” (São Paulo: LTR, 2001, p. 135):

No âmbito específico das provas, temos que as dificuldades probatórias que podem ter o empregado e, em contrapartida, a maior facilidade probatória do empregador, que normalmente é quem dispõe das provas, principalmente a documental. Não se pode tratar igualmente os dois, sendo que esse tratamento diferenciado é uma exigência do próprio princípio da igualdade, tendo essa desigualdade de tratamento uma justificativa objetiva e razoável. Sem se ofender o princípio do contraditório, que será sempre assegurado, facultando-se à parte a prova ou contraprova de seu direito ou interesse.

Se o empregador não providencia as condições adequadas à proteção do trabalhador, viola dever objetivo de cuidado, configurando-se a conduta culposa.

A aplicação do instituto da responsabilidade civil no Direito do Trabalho distingue-se de sua congênere do Direito Civil. Ao contrário das relações civilistas, lastreadas na presunção de igualdade entre as partes, o Direito do Trabalho nasce e desenvolve-se com o escopo de reequilibrar a posição de desigualdade inerente à relação de emprego. Nesse sentido, a apuração da culpa deve adequar-se à especial proteção conferida pelo ordenamento jurídico ao trabalhador. Essa proteção se concretiza, dentre outras formas, pela inversão do ônus da prova, quando verificada a impossibilidade de sua produção pelo empregado e a maior facilidade probatória do empregador.

A regra do artigo 333 do CPC, segundo o qual compete à parte que alega comprovar fato constitutivo de direito, enquanto à parte contrária compete provar fato modificativo, extintivo ou impeditivo, deve ser aplicada subsidiariamente na esfera trabalhista. Aqui, vige o princípio da aptidão para a prova, determinando que seja produzida pela parte que a ela tem acesso, quando estiver fora do alcance da parte contrária.

Assim, infere-se na apuração da responsabilidade civil em decorrência do acidente de trabalho que o ônus da prova recai sobre o empregador, que deveria comprovar a inexistência da conduta culposa. Se não se desonerar do ônus que milita em seu desfavor, presume-se a culpa, surgindo o conseqüente dever de indenizar os trabalhadores pelo prejuízo sofrido.

A teoria da responsabilidade subjetiva comporta, sim, a modalidade de culpa presumida, no Direito do Trabalho, em razão da inerente desigualdade entre as partes litigantes e do princípio da aptidão para a prova.

IV. APLICAÇÃO DA NOVA COMPETÊNCIA NO TEMPO

A Emenda Constitucional n. 45/2004 tem vigência e aplicação imediatas. Além de ser esta a eficácia ordinária das emendas constitucionais, o artigo 10 da própria Emenda assim dispôs.

A nova competência em razão da matéria, introduzida pela Emenda n. 45, aplica-se de pronto aos processos em curso, não havendo falar em invocação do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, por expressa determinação do artigo 87, do Código de Processo Civil:

Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

As regras a serem aplicadas, no âmbito da Justiça do Trabalho, serão aquelas próprias do Processo do Trabalho, a teor do artigo 763, da CLT, inclusive no tocante à competência constitucional do TST.

Em sendo imediata a aplicação, os autos deveriam ser prontamente enviados à Justiça do Trabalho, observando-se a competência territorial própria.

Por razões de política judiciária, entretanto, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de aplicar a nova competência apenas aos

processos pendentes de julgamento de mérito. O entendimento está expresso no acórdão prolatado no STF-CC-7.204-MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 09.12.2005, item 4 da ementa já transcrita às fls. 3/4 deste texto.

V. PRESCRIÇÃO APLICÁVEL.

Tema recentemente pacificado, pelo menos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, é o da prescrição a ser considerada nas matérias submetidas à competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 45/2004.

a) Prevalência da tese da prescrição própria dos créditos trabalhistas: acolhida a incidência do artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição da República, o Tribunal Superior do Trabalho definiu, pela SDI-1, em sessão realizada no dia 21.11.2006, acórdão publicado no D.J. de 02.02.2007, pela aplicação da prescrição constitucional-trabalhista, prevista no art. 7º, XXIX, da Constituição da República, às pretensões de reparação por danos morais decorrentes de acidente do trabalho. Definiu, assim, “que, na hipótese de indenização por danos morais decorrente da relação de emprego, a prescrição a ser aplicável é a prevista na Constituição da República, e não a do artigo 205, do atual Código Civil.”

Essa corrente, que prevaleceu, considera que a prescrição aplicável tem pertinência com a natureza do vínculo estabelecido.

b) Prevalência da tese da prescrição própria dos créditos civis: mais recentemente, excepcionou dessa regra as ações ajuizadas perante a Justiça dos Estados ao tempo em que se afirmava a sua competência material e que, posteriormente à decisão do Supremo Tribunal Federal, foram remetidas à Justiça do Trabalho. Nos autos dos E-RR - 2917/2005-342-01-00, acórdão publicado no DJU de 16.05.2008, decidiu-se: “Acidente de trabalho. Danos morais e materiais. Ação ajuizada na Justiça Comum e remetida à Justiça do Trabalho. Após a Emenda Constitucional n. 45/2004. Direito Intertemporal. Segurança jurídica. Regra de transição. Aplicação da prescrição cível.” Afirmada a incidência da prescrição civil, a Justiça do Trabalho aplicará a regra do Código Civil, considerando as de transição, como segue.

A PRESCRIÇÃO CIVIL E A REGRA DE TRANSIÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002:

Considerando a hipótese de utilização da regra de prescrição civil, é importante salientar a regra de transição prevista no novo Código:

a) *regra do Código Civil de 1916*: previa o artigo 177, do Código Civil revogado, que a prescrição para ações pessoais, aí incluídas as ações para reparação de danos, seria de 20 (vinte anos):

Art. 177 – As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas.

b) *regra do Código Civil de 2002*: na atual sistemática, a prescrição para reparação de danos foi contemplada, especificamente, com norma própria, que prevê um prazo de 3 (três) anos:

Art. 206. Prescreve:

(...)

§ 3º Em três anos:

(...)

V – a pretensão de reparação civil.

c) *regra de transição estabelecida no novo código*: para a pretensão cujo prazo prescricional se iniciou na vigência do Código Civil de 1916 mas foi surpreendido com o novo tratamento legal ainda em curso, foi estabelecida a seguinte regra de transição:

Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Segundo a regra de transição, portanto, deverá ser considerado o prazo prescricional anterior, no particular de 20 anos, quando, no momento da entrada em vigor do novo Código já houver transcorrido mais da metade

de seu prazo, ou seja, de 10 anos. Segundo o artigo 2.044, a vigência se deu um ano após sua publicação, em 10 de janeiro de 2003.

Assim, para as demandas cuja causa de pedir remota – a violação do direito – se deu até a data de 9 de janeiro de 1993, será aplicada a regra da prescrição de vinte anos.

Por outro lado, se a causa de pedir remota for posterior a 9 de janeiro de 1993, e, portanto, tendo transcorrido ao menos a sua metade, quando da data de vigência do novo código, a prescrição a contar será a do novo Código – três anos. Nessa situação, a nova sistemática tornará automaticamente prescritas as pretensões surgidas anteriormente à data de 9 de janeiro de 2000, motivo pelo qual há jurisprudência de Tribunais Regionais do Trabalho sustentando que esse prazo começa a fluir da data de vigência do novo Código Civil.

Essas, as considerações que nos pareceram pertinentes.

**APONTAMENTOS SOBRE A EMPRESA,
O EMPRESÁRIO, SOCIEDADES E
FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO
DIREITO DE EMPRESA**

Moema Augusta Soares de Castro

*Professora Associada da Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Minas Gerais
Técnico-Consultora Aposentada da Assembléia
Legislativa de Minas Gerais
Advogada*



**APONTAMENTOS SOBRE A EMPRESA, O EMPRESÁRIO, SOCIEDADES E
FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE EMPRESA**

Moema Augusta Soares de Castro

Sumário: 1. Introdução. 2. A empresa. 2.1. A empresa contemporânea. 2.2. Conceito econômico de empresa. 2.3. Conceito jurídico de empresa. 3. O empresário. 3.1. Espécies de empresário. 3.2. O empresário casado. 3.3. O empresário rural. 4. Sociedade simples. 5. Distinção entre sociedade simples e empresária. 6. Fundamentos constitucionais do direito de empresa. 7. A atividade empresária e o mercado. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Comercial, desde a sua origem, sempre esteve voltado para o comércio internacional, de início o marítimo e, na atualidade, sem fronteiras para o exercício das atividades mercantis, incentivado pelas facilidades decorrentes da *internet*.

As atividades comerciais sempre demandaram um direito próprio, que foi continuamente renovado à medida que os fatos sociais, a produção e a tecnologia evoluíram.

Do artesão para o mercador, deste para o comerciante individual e para a sociedade comercial as transformações ocorridas nas atividades produtivas no decorrer dos séculos passaram por inúmeros estágios de desenvolvimento.

Assim, esse ramo do direito privado, por sua própria natureza e em virtude de fatores econômicos, sociais e políticos, sempre foi e

continua sendo muito receptivo aos novos rumos da atividade mercantil. Sem dúvida alguma é o ramo do direito que não pode ser considerado definitivo, mas uma ciência continuamente em processo de eterna evolução. Pode-se dizer, com certeza, de que é um dos ramos da ciência jurídica que mais acompanha a velocidade das mudanças que acontecem na vida econômica.

A prática decorrente da atividade mercantil costuma ocorrer antes da respectiva regulamentação jurídica. Um dos mais recentes exemplos é o comércio feito via *Internet*, em que somente depois de sua intensa movimentação sentiu-se a necessidade de dotar a prática de mecanismos jurídicos de regulação, ainda inconsistentes e insatisfatórios até o momento.

Daí a razão de ser de seu dinamismo e de alguns dos elementos que o distinguem: rapidez, elasticidade, e internacionalidade. A velocidade dos negócios impõe celeridade na utilização dos mecanismos jurídicos. À proporção que os usos vão consagrando regras nas transações comerciais, o direito empresarial as aceita. Assim, é um direito capaz de renovar-se constantemente, além de aformalístico, tornando mais simples e rápida a aplicação das suas regras.

A nomenclatura da disciplina também passou por processo evolutivo, embora ainda haja controvérsia e alguma resistência a essa alteração. A ampliação da área de abrangência das regras jurídicas que constituem o fundamento do direito comercial compõe a base legal que sustenta o desenvolvimento da atividade mercantil. Não se trata de um direito novo, mas de novas formas para melhor amparar esse crescimento. *O chamado direito das empresas, quando se refere às empresas comerciais, é o mesmo direito comercial*¹ só que renovado, atual e erigido por norma legal, *in casu*, o Código Civil de 2002².

O comerciante, agente propulsor dessas atividades, adaptou-se rapidamente à nova ordem e, por conseguinte, verificou-se sensível alteração nas suas características.

Devido ao incremento dos negócios desses agentes, hoje chamados de empresários, individuais ou coletivos, passaram a necessitar de uma

¹ MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.12.

² CASTRO, Moema Augusta Soares. *Manual de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1.



organização formada de capital e trabalho que atendessem às demandas do comércio. Surge então a empresa que lentamente foi se desenvolvendo até completar o seu processo evolutivo, como a conhecemos hoje.

No magistério de Verçosa³, *o tratamento da empresa constante do Código Civil/2002 não abrange, evidentemente, todo o Direito aplicável à empresa, mas somente pequena parte dele. Nesse sentido, o Direito Comercial sempre será o Direito de (ou da) Empresa, mas nem todo Direito de Empresa será Direito Comercial.*

Muito embora o direito empresarial seja um ramo autônomo do direito privado, mantém íntimas relações com outras áreas, tais como, direito constitucional, civil, do trabalho, tributário, processual, penal e econômico. Deste último recebe influência marcante dada a intrínseca ligação entre as respectivas normas, que devem coordenar a atuação das empresas, seja pela livre concorrência, seja pela política e conjuntura econômica adotada em dado momento da atividade empresarial de cada país.

Considerando-se que o núcleo atomizador do direito empresarial é a empresa nada mais coerente que iniciemos nossas considerações com ela.

2. A EMPRESA

Na língua italiana, *impresa* significa aquilo que se empreende. A palavra implica a idéia de dinamismo, de contínua movimentação e de riscos. Derivada do latim *prehensus*, de *prehendere* (empreender, praticar), possui o sentido de empreendimento ou cometimento intentado para a realização de um objetivo, conforme nos relata Plácido e Silva.⁴ Do vocábulo forma-se o verbo *empresar*, que significa produzir, financiar, participar como empresário ou produtor. Assim, a etimologia da palavra revela um dos seus elementos subjetivos naturais: o empreendedor, o autor do cometimento empresarial.

Para Ripert, as palavras *empresa* e *empresário* pertencem à língua corrente. O uso lhes deu sentido diferente. A primeira é usada para designar toda atividade orientada para certo fim; a segunda, para

³ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. v. 1. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 105.

⁴ SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: 2001, p. 303.

qualificar a pessoa (natural ou jurídica) que, profissionalmente, executa certos trabalhos.⁵

Catharino⁶ noticia que, no Secular Novo Dicionário, de Constâncio, está escrito: *cousa que se empreende, tentativa arriscada, difícil, especulação mercantil*.

A palavra possui acepções diversas, mas ao mesmo tempo muito próximas a uma ligação histórica, especialmente ao período mercantilista e às grandes viagens, nas quais o fator risco era preponderante. Representavam uma indicação de mudança – *status*, mediante das riquezas conquistadas. O risco no empreendimento, isto é, na *empresa*, tinha como prêmio, se bem-sucedido, o direito à fortuna e ao lucro.⁷

2.1. EMPRESA CONTEMPORÂNEA

Nos dias atuais, podemos dizer que encontramos a empresa na fase do capitalismo de grupos, caracterizada pela dissociação entre a propriedade passiva e a ativa (gestão). Isso não quer dizer que não coexistam pacificamente os dois modelos: o antigo, em cuja base encontra-se o empreendedor inteiramente identificado com o próprio empreendimento. Vale dizer, a micro ou a empresa de pequeno porte, em que o empresário, pessoa física, dirige e praticamente executa ao mesmo tempo todas as atividades inerentes ao seu negócio. Ou seja, ele faz tudo sozinho. No seu negócio as propriedades passiva e ativa estão associadas.

O modelo relativo a grandes empresas e a grupos de empresas reflete a dissociação entre a propriedade passiva e a ativa. Isto é, os acionistas, os donos do capital nem sempre são os dirigentes do empreendimento. Nos grandes negócios, na atividade econômica de vulto, formou-se uma classe de categorizados profissionais ciosos e orgulhosos de sua posição, os *managers*, os executivos. A esses homens, com a dissociação existente e crescente entre a propriedade e o controle dos bens, tem sido entregue

⁵ RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. São Paulo: Freitas Bastos, 1947, p. 276.

⁶ CATHARINO, José Martins. Algo sobre a empresa. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, n.11, 1968, pp. 61/79.

⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico e economia política*. Belo Horizonte: Edit. UFMG, 1970/71, v. 2, p. 121.



o comando dos negócios, criando um apartado de príncipes da indústria, no dizer de Álvares.⁸

Uma idéia que podemos tomar emprestada para explicarmos o convívio dos dois modelos é a da circulação sangüínea do corpo humano. Se compararmos o centro da circulação, o coração, à grande empresa, pode-se verificar que, sem os pequeninos vasos periféricos, o sangue não fluiria para as pontas dos membros superiores e inferiores. Nesse sentido é que aparece a importância da microempresa e da empresa de pequeno porte: sem elas a circulação econômica não seria possível. Teríamos fatalmente a necrose da periferia dos membros inferiores, imagem figurada que podemos transportar para a circulação da economia, no sentido da distribuição da produção de bens e de serviços em geral.

2.2. CONCEITO ECONÔMICO DE EMPRESA

Empresa é o exercício da atividade econômica organizada para a produção de bens e de serviços para o mercado. Empresa e mercados estão estreitamente ligados ao sistema capitalista, como referido por Asquini.⁹ Se a empresa organizada depende da dinâmica dos mercados, a função do empresário individual ou coletivo é criar riquezas. A empresarialidade pressupõe como elementos essenciais o conceito de empresário, como agente da atividade da empresa, e o de estabelecimento, com o objetivo de adotar regime jurídico próprio da empresa, no direito comercial.

A idéia da empresa como organização dos fatores da produção é a mais difundida entre economistas e juristas, e é pacífico o conceito econômico de empresa a partir dela. A prova irrefutável é a adoção desse conceito pelo Código Civil italiano de 1942 e pelo brasileiro de 2002.

Examinando-se as diversas concepções econômicas relativas à empresa, Despax chegou à conclusão de que há duas correntes que definem a empresa: uma corrente restritiva e outra extensiva.

Segundo a concepção restritiva, o termo empresa deve ser reservado à empresa capitalista, a qual se caracteriza pelo recurso reservado ao

⁸ ÁLVARES, Walter T. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976, p. 96.

⁹ ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*. *Rivista del Diritto Commerciale*. V. 41. Milano, 1943, pp. 2 ss.

trabalho alheio e pela finalidade lucrativa que inspira a sua atividade. São adeptos dessa corrente Perroux e Marchal.

A essa concepção restritiva opõe-se a concepção extensiva que é atribuída a Truchy e tem como principal defensor James. Este conceitua a empresa como todo organismo que se propõe essencialmente a produzir para o mercado certos bens ou serviços, sendo independente financeiramente de qualquer outro.¹⁰

Despax filia-se à concepção extensiva porque considera arbitrário o entendimento de reservar-se o termo empresa somente para aquelas capitalistas. Souza é da mesma opinião e entende que não se deve vincular concepções científicas a determinado regime, seja ele capitalista, socialista ou fascista. A empresa, instituição jurídica, não se interessa pela aparência política e nem pelas dimensões da organização, porque esta deve caracterizar-se pela universalidade.¹¹

Hoje, já não há mais sentido nestas diferenças de concepção, eis que a maioria dos países adota o regime capitalista. Fica aqui apenas o registro histórico.

A concepção de empresa como organização dos fatores de produção ajudou a desvincular o seu conceito da idéia de centro de combinação desses fatores, ou seja, de estabelecimento.

Atualmente é pacífica a diferença entre empresa e estabelecimento, considerando-se a primeira como unidade econômica, e ao segundo como unidade técnica. O estabelecimento é o instrumento de que se vale o empresário (individual ou coletivo) para o exercício da atividade econômica. Assim, uma empresa pode contar com mais de um estabelecimento.

2.3. CONCEITO JURÍDICO DE EMPRESA

A confusão entre os autores a respeito do conceito jurídico de empresa era revelada pelo tratamento dado a ela: cefaléia dos comercialistas,¹²

¹⁰ DESPAX, Michel. *L'entreprise et le Droit*. Paris: L.G.D.J., 1957, p. 7.

¹¹ SOUZA, Ruy de. *O Direito das Empresas*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1959, pp. 211/212.

¹² REQUIÃO, Rubens. A função social da empresa no Estado de Direito. Curitiba: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 19, 1978-80, p. 263.



ente fantasmagórico,¹³ abstração,¹⁴ e centauro jurídico,¹⁵ e comparada por Ferreira à personagem de um filme chamada Rebeca, mulher falada todo o tempo, mas que ninguém vê na tela.¹⁶

Todas essas dificuldades acabaram por levar alguns estudiosos a tentar afastar essa questão por meio da negação da possibilidade ou da necessidade de ser a empresa considerada como categoria jurídica.

Não importa se os juristas não chegavam a um acordo sobre valer-se ou não do conceito econômico para o jurídico. Ou se procurava apartar os conceitos econômicos e jurídicos de empresa, ou se defendia a adoção pura e simples da noção econômica da empresa ao campo do direito. O que importava era não se perder de vista o fato econômico empresa, regulando-o juridicamente para que sua atuação pudesse ajustar-se aos interesses sociais.

Asquini¹⁷ defende a segunda corrente: o direito deve partir da idéia econômica da empresa, procurando regular sua existência e seu funcionamento por intermédio de princípios puramente jurídicos. E acrescenta que o conceito de empresa corresponde a um fenômeno poliédrico que não tem um só aspecto jurídico, mas distintos perfis, considerando-se os diversos elementos que o interagem. Asquini, ao analisar o art. 2.082 do Código Civil italiano, separa os atributos ou as condições de qualificação do agente, a que dá o nome de perfil subjetivo. Denomina perfil objetivo à universalidade de bens. As relações de trabalho chama de perfil institucional. O perfil funcional é o ligado à função exercida pela produção da empresa para o mercado.

Na dicção de Requião, os quatro perfis de Asquini se reduzem a três, posto que não há nenhuma norma legal em que se possa encontrar o sentido de organização de pessoal.¹⁸

Contra a doutrina de Asquini insurgiu-se Ferrara, numa obra sobre a *azienda*. Sustenta o professor de Florença que o problema conceitual de

¹³ FERRARA, Francesco. *Sulla nozione d'imprenditore nel nuovo Codice Civile*. Milano: *Rivista del Diritto Commerciale*, n. 42, 1944, p. 47.

¹⁴ BRUNETTI, Antonio. *Tratado del Derecho de las Sociedades*. Vol. 1. Trad. Felipe de Sola-Cañizares, Buenos Aires: Uteha, 1960, p. 70.

¹⁵ CATHARINO, José Martins. Algo sobre a empresa. Curitiba: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 11, 1968, p. 65.

¹⁶ FERREIRA, Waldemar. A elaboração do conceito de empresa para extensão no âmbito do direito comercial. Rio de Janeiro: *Revista Forense*, n. 158, mar./abr. 1955, p. 40.

¹⁷ ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*. *Rivista del Diritto Commerciale*. V. 41. Milano, 1943, pp. 7/9.

¹⁸ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. V.1. 25. ed. São Paulo:Saraiva, 2003, p. 56.

empresa é simplesmente de direito positivo, porque se trata de interpretar a lei. O conceito de empresa não tem para ele, relevância jurídica, *pois os efeitos da empresa não são senão efeitos a cargo do sujeito que a exercita, ou seja, o empresário*.¹⁹

Correia²⁰ vê na empresa *a expressão de um círculo de actividade regido pela pessoa do empresário, fazendo apelo a factores e elementos de natureza heterogênea, actuando sobre um património de coisas e direitos dando origem a relações jurídicas, económicas e sociais, polarizados numa organização apta a desenvolver uma actividade económica*.

Com a entrada em vigor do Código Civil brasileiro, toda essa discussão fica um pouco distante, tendo em vista que o legislador acatou indiretamente o conceito econômico de empresa, porquanto o art. 966 define o que seja empresário: aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção de bens ou de serviços. Ora, se empresário exerce a atividade econômica organizada, logo a empresa é o próprio exercício dessa atividade.

Desse artigo pode-se extrair um conjunto de conceitos que explica o significado de empresa. A atividade pode ser compreendida *como conjunto coordenado de atos voltados à obtenção de resultado comum*. Tal atividade deve ser *econômica*: finalidade precípua de auferir lucro; *organizada*, no sentido de ser habitual, que conjuga fatores de produção; e destinada à *produção e circulação de bens ou de serviços*, o que significa dizer que inclui tanto a indústria como o comércio e a prestação de serviços²¹.

Nos dias atuais há uma parte da doutrina, defendida por Sztajn²², que comunga da concepção de Coase sobre ser a empresa um feixe de contratos, que não são do tipo de negócios pontuais de execução instantânea. E sim contratos continuados, como os de trabalho e de fornecimento, que fomentam e estimulam a cooperação entre pessoas, a exemplo do contrato de sociedade. Considerar a empresa em si, sem vê-la como projeção do empresário, enfatiza a importância de a mesma

¹⁹ Apud REQUIÃO, Rubens. *Curso cit.*, p. 56.

²⁰ CORREIA, Miguel J. A. Pupo. *Direito comercial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 289.

²¹ CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão; PARENTONI, Leonardo Netto; GUIMARÃES, Rafael Couto; MARTINS, Daniel Rodrigues. Exegese quadripartite do art. 966 do Código Civil de 2002. In: AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Jornada de direito civil*. Brasília: CJF, 2005, p. 246.

²² SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 218 e ss.



ser suporte fático para a atividade econômica duradoura exercida de forma profissional, organização contratual decorrente da necessidade de fornecer bens e serviços para o mercado.

A empresa é figura jurídica distinta de sociedade. Quem detém a personalidade jurídica é a sociedade, roupagem jurídica com que se veste a empresa coletiva, segundo Requião.²³ A sociedade é constituída para o exercício de uma atividade, e a empresa é justamente o exercício dessa atividade.

A idéia de personalidade jurídica deve ser entendida como instrumento para atender às necessidades do mundo jurídico, a objetivos da realidade social para a qual foi criada. Atende também à finalidade de limitação de responsabilidades, garantindo a separação do patrimônio das pessoas jurídicas daquele das pessoas físicas que a constituem. Cabe aos diversos ordenamentos jurídicos a concessão da personalidade jurídica a determinados entes. Essa concessão pode ter por base instituições já existentes na sociedade, caso em que o direito estará se adequando à realidade social.

A empresa pode ser o exercício da atividade individual, de pessoa natural: é a empresa individual. Logo, a empresa não pressupõe obrigatoriamente uma sociedade empresária. Além disso, pode haver sociedade empresária sem empresa. Duas pessoas, por exemplo, juntam seus esforços, assinam o contrato social e o registram na junta comercial. Eis a sociedade, e, enquanto permanecer inativa, a empresa não surgirá.²⁴

Para Washington Albino, a empresa é um organismo, um ente capaz de praticar a ação econômica, não se confundindo com esta. É sujeito do ato econômico e deve ser sujeito do ato jurídico, embora o direito positivo de alguns países, incluindo o Brasil, não o adote como tal.

Despax,²⁵ após exame acurado da dissociação existente entre a empresa e o empresário, conclui pela personificação da empresa, ao

²³ REQUIÃO, Rubens. *Curso cit.*, p. 358.

²⁴ REQUIÃO, Rubens. *Curso cit.*, p. 61.

²⁵ DESPAX, Michel. *L'entreprise et le droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957, p. 414.

afirmar que ... o fenômeno da dissociação pareceu-nos como a clara manifestação da organização na vida jurídica de um novo sujeito de direito, a empresa, que ocupa um lugar ao lado do sujeito de direito tradicional, o empresário.

Requião²⁶ entende que *no direito brasileiro não se pode falar em personificação da empresa, sendo ela encarada como simples objeto de direito*, o que não é posição dominante e, inclusive, objeto de críticas.

Para Sztajn²⁷ a empresa não é objeto de direito; também não é pessoa, mas é produtora de utilidades. Há interesses coletivos referidos à empresa e, talvez, se pudesse caracterizá-la como ente sem personalidade jurídica. E, prosseguindo, indaga: há dificuldades em imputar relações jurídicas à atividade sem sujeito, sem titular que a exerça?

A análise deve mencionar dois planos diferentes: 1) o empresário individual ou coletivo é o centro de imputação de relações jurídicas; 2) empresa e imputação devem ser dissociadas, para que se observe na empresa somente a organização para o exercício de atividade econômica.

A dificuldade é encontrar nas categorias jurídicas o nicho que disciplina atividades. E o mesmo embaraço coloca-se em relação à empresa, categoria geral, no delimitar a comercialidade ou não da atividade.

Para Galgano,²⁸ o Código italiano empreende a ligação entre a empresa e o empresário ao conceder a este proteção, tutela especial pela sociedade, com base na prosperidade coletiva como resultado do exercício da empresa. Instaura-se relação entre liberdade de iniciativa econômica e utilidade social, entre atividade econômica e fins sociais.

3. O EMPRESÁRIO

A atividade da empresa é exercida pelo empresário individual, pessoa natural ou pela sociedade empresária, pessoa jurídica. O empresário é figura central da empresa, sua mola propulsora.

²⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 60.

²⁷ SZTAJN, Raquel. *Teoria jurídica da empresa. Atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 162/163.

²⁸ *Idem, ibidem*.



Segundo Requião²⁹ dois elementos fundamentais servem para caracterizar a figura do empresário: a iniciativa e o risco. Apesar de se valer da colaboração de outras pessoas, a ele cabe decidir, escolher o caminho e a estratégia que melhor lhe convenha no sentido de obter o sucesso da atividade e, conseqüentemente, o lucro. Todos os riscos são do empresário, daí o porquê do significado semântico da palavra empresa, do latim, *phrendere*: iniciativa arriscada.

Machado³⁰ entende que o conceito de empresário conjuga três elementos: atividade econômica, organização e profissionalismo.

A expressão econômica refere-se à atividade que cria riquezas, aí incluídos a produção e circulação de bens e de serviços para o mercado. A atividade empresarial é econômica no sentido de que busca gerar lucro para quem a explora. Nesse diapasão o empresário tem papel dinâmico, eis que ele dá impulso e contínua movimentação à prática de tal atividade, o que inclui, como já mencionado, o risco.

A organização implica necessariamente a utilização dos quatro fatores da produção: natureza, capital, trabalho e tecnologia, que no dizer de Fábio Ulhoa,³¹ não precisa ser de ponta para que se caracterize a empresarialidade. O citado autor inclui como fator de produção imprescindível a mão-de-obra alheia, posição da qual discordamos juntamente com Cunha Peixoto³² e Verçosa³³.

A profissionalidade está ligada à habitualidade com que o empresário exerce a sua atividade, a atuação contínua, especializada e concatenada de série de atos dirigidos a determinado setor da produção ou circulação de bens ou de serviços, excluído, obviamente da noção quem explora esporadicamente a atividade econômica.

A profissionalidade é caracterizada pela única atividade econômica exercida pela pessoa (natural ou jurídica) e é sua fonte de renda, de onde obtém o seu sustento e de mais sujeitos envolvidos, sejam familiares ou sócios.

²⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 77.

³⁰ MACHADO, Sylvio Marcondes. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 10/11.

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 16.

³² CUNHA PEIXOTO, Euler. Empresário individual e sociedade empresária. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Nova Fase*. Belo Horizonte: 46, 2005, p. 102.

³³ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, *Curso cit.*, p. 126.

Verçosa,³⁴ parafraseando De Martini cita os requisitos ou elementos qualitativos e distintivos do empresário: a) exercício de uma atividade; b) a natureza econômica da atividade; c) a organização da atividade; d) a profissionalidade de tal exercício; e) a finalidade da produção ou troca de bens ou serviços.

3.1. ESPÉCIES DE EMPRESÁRIO

São duas as espécies de empresário, o individual, aquele que exercita a atividade econômica em nome, conta e risco próprios; e o coletivo ou societário, que é revestido pela figura da sociedade empresária.

O empresário individual – também denominado pela Lei n. 8.934, de 18 de novembro de 1994, equivocadamente de firma mercantil individual. É a chamada empresa individual. O empresário individual é a pessoa natural. Os seus bens pessoais respondem pelas obrigações assumidas pela empresa individual. Não há um patrimônio separado como no caso da pessoa jurídica, exatamente porque não há outra pessoa diferente daquela que a constituiu. O entendimento errôneo de a firma individual ser considerada pessoa jurídica advém da interpretação e aplicação da lei tributária relativa ao imposto de renda. Ela a equipara como tal para o efeito de tributação, conforme o caso: (1) o titular da empresa individual e (2) a própria empresa individual se houver incidência do tributo.

A sociedade empresária, chamada de empresa coletiva, revestida de forma societária é pessoa jurídica, sendo, portanto, uma pessoa diferente dos sócios que a compõem, ainda que sejam outras sociedades empresárias.

Ripert³⁵ distingue a atividade profissional dos empresários em quatro grandes classes:

a) empresários de distribuição, abrangendo todos os que vendem matéria-prima aos fabricantes e mercadorias aos consumidores;

b) empresários de produção, aqueles que se prestam à transformação da matéria-prima em produtos mercantis, como por exemplo, a manufatura na atividade fabril;

³⁴ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, *Curso cit.*, p. 119.

³⁵ *Apud* ÁLVARES, Walter T. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1979, p. 103.



c) empresários de serviços, aqueles que executam determinado trabalho, como o transporte, ou disponibiliza o uso temporário de determinados bens;

d) empresários auxiliares, como o comércio do dinheiro e crédito, e os intermediários, tais como os corretores, comissários e outros.

3.2. O EMPRESÁRIO CASADO

O empresário casado em regime de comunhão universal de bens ou no de separação obrigatória, nos termos do art. 977 do Código Civil, está impedido de contratar sociedade com o cônjuge entre si ou com terceiros. Proibição esta sem nenhuma razão de ser, porque se a sociedade não ofende quaisquer dos princípios em nome dos quais ela deva ser condenada, qual motivo dá ensejo ao impedimento? Tanto a doutrina quanto a jurisprudência já tinha, de há muito, pacificado esta questão, no sentido da permissão de marido e mulher serem sócios da mesma sociedade. Fazzio Júnior³⁶ parece ter opinião contrária: *o empresário casado em regime de comunhão de bens pode comprometer o patrimônio do casal em decorrência da atividade empresarial. Regra geral, a comunhão conjugal usufrui os proventos hauridos na empresa pelo cônjuge empresário, seja o marido ou a mulher. Há uma presunção relativa de que o rendimento do trabalho de qualquer dos cônjuges ingressa no patrimônio da sociedade conjugal.*

A conclusão a que chegamos quanto a esse artigo é que os cônjuges casados com comunhão parcial de bens podem contratar sociedade entre si ou com terceiros.

A indagação maior diz respeito aos casos de sociedades que ainda não se constituíram ou também àquelas já em plena atividade?

Segundo o Parecer Jurídico DNRC/COJUR n. 123, de 08 de agosto de 2003, do Departamento Nacional do Registro do Comércio, a proibição alcança somente as novas sociedades que se constituírem após a entrada em vigor do Código Civil, e não às situações já convalidadas, em respeito ao ato jurídico perfeito.

³⁶ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 51.

O empresário casado não precisa de outorga conjugal para alienar ou gravar com ônus real os imóveis que integram o patrimônio da empresa, conforme determina o art. 978 do Código Civil.³⁷

O dispositivo deixa margem às sérias dúvidas: primeiro, porque entra em confronto com o art. 1.647 do mesmo diploma legal, segundo o qual (...) *nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime de separação absoluta, alienar ou gravar de ônus reais os bens imóveis*.

Segundo, porque não está clara a redação do artigo em relação a qual patrimônio se refere, se da empresa coletiva ou da empresa individual. A dispensa da outorga conjugal de alienação (transferência de domínio) da sociedade empresária parece óbvia. Quanto ao patrimônio do empresário individual a situação se complica, porque *in casu* não há afetação de patrimônios no nosso ordenamento legal. O patrimônio pessoal e o decorrente do exercício da atividade empresarial são um só. Como ter certeza se o imóvel pertence à empresa individual e não ao patrimônio familiar? Apesar do permissivo legal, é temerária, na prática, uma alienação de imóvel nos termos do artigo.

3.3. O EMPRESÁRIO RURAL

O empresário rural é aquele que exerce a atividade agrícola, pecuária ou extrativa. O art. 970 do Código Civil assegura ao empresário rural, desde que essa atividade constitua a sua profissão principal, tratamento favorecido, diferenciado e simplificado no que se refere à sua inscrição e aos efeitos dela decorrentes. Ele não está obrigado a se registrar na junta comercial. O seu registro é optativo. Se ele se inscreve na junta comercial, fica equiparado para todos os efeitos legais ao empresário sujeito a registro. Obviamente não basta fazer o registro, faz-se mister que haja efetivamente o desenvolvimento da atividade rural. O que realmente comprova se a pessoa é empresária é o efetivo exercício de atividade econômica organizada. O registro é constitutivo, vez que ele constitui o empresário rural como empresário sujeito a registro, com

³⁷ Sobre o tema Corrêa-Lima publicou artigo no qual chega à conclusão, após acurada análise, de que o empresário individual só poderá alienar ou onerar bens imóveis de sua exclusiva propriedade, que não se comunicaram ao seu cônjuge por força do regime de casamento. Do contrário não poderá onerar ou alienar os que fazem parte do patrimônio do casal. In: Corrêa-Lima, Osmar Brina. O intrigante e instigante art. 978 do Código Civil brasileiro. *Revista de Estudos Políticos*, jul/dez 2006, v. 94, pp.51/84.



todas as conseqüências desse ato. Antes da lei civil não lhe era legalmente permitida tal inscrição. Prevaleceu a tese de Costa,³⁸ que em 1994 já propugnava a qualidade de empresário ao produtor rural.

4. SOCIEDADE SIMPLES

Como já referido, a empresa é figura jurídica distinta de sociedade. Quem detém a personalidade jurídica é a sociedade, roupagem jurídica com que se veste a empresa coletiva, segundo Requião.³⁹ A sociedade é constituída para o exercício de uma atividade, e a empresa é justamente o exercício dessa atividade.

Assim, o legislador do Código Civil de 2002 criou as figuras da sociedade simples e da sociedade empresária. A sociedade simples tem contornos bem diferentes daqueles modelos originários do direito helvético e do italiano.

O Código Civil italiano não definiu a sociedade simples, e, nem tampouco, o brasileiro. O suíço apresentou o seu conceito no sentido de que a sociedade é simples quando não oferece características distintivos de uma das sociedades reguladas em lei.

Na ausência de definição legal de sociedade simples e devido à zona cinzenta em que muitas vezes se encontra, pode-se afirmar que a sociedade simples substitui a disciplina das anteriores sociedades civis, embora tenha um âmbito de atuação bem maior do que estas, e serve de *substractum* às sociedades empresárias. As normas que lhe são próprias podem ser aplicadas subsidiariamente às demais sociedades de pessoas.

A sociedade simples permanece como um expediente jurídico formal destinado a titular as atividades que não são próprias do empresário.

Dirige-se à exploração de atividades econômicas específicas. O Código Civil brasileiro é quem lhe reserva o objeto.

Ainda é o centro de dúvidas e incompreensões, dado que o legislador, ao importá-la do direito italiano, criou-a de modo a deixá-la cercada de ambigüidades e incertezas.

³⁸ COSTA, Wille Duarte. *A possibilidade de aplicação do conceito de comerciante ao produtor rural*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1994. Tese de Doutorado.

³⁹ REQUIÃO, Rubens. *Curso cit.*, p. 358.

Segundo Campinho⁴⁰ são funções da sociedade simples:

a) Servir de substrato às sociedades de natureza civil, não enquadráveis como empresárias;

b) funcionar como fonte supletiva para as sociedades empresárias, sendo suas regras aplicáveis a estas em caso de omissão das disposições do tipo por elas adotado, visto se tratar de regras gerais de direito societário.

No magistério de Fábio Ulhoa⁴¹ a sociedade simples é figura de larga importância porque cumpre três diferentes funções:

Em primeiro lugar, por sua simplicidade e agilidade presta-se às atividades de menor envergadura, como os pequenos negócios, prestadores de serviços que não exploram suas atividades empresarialmente, e aos profissionais liberais. As características de simplicidade e agilidade são facilmente verificáveis tendo em vista que admite a integralização na participação societária do sócio em serviços (ao invés de capital, como na limitada); desobriga o cumprimento de formalidades exigidas às sociedades limitadas (como, *v.g.*, a realização de assembléia ou reunião anual de sócios para registrar aprovação de contas); Todas estas facilidades são obtidas com limitação válida da responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade (art. 997, VIII) bastando para tanto, que o contrato constitutivo tenha cláusula inserida nesse sentido.

Em segundo lugar serve de modelo genérico para os demais tipos societários contratuais: aplica-se, em caráter subsidiário, à sociedade em nome coletivo, em comandita simples e, em regra, à sociedade limitada. É também a disciplina supletiva das sociedades cooperativas.

Mas, é a terceira função da sociedade simples que é a mais distintiva: além de tipo societário e de modelo geral, ela é, finalmente, uma categoria de sociedades.

Como categoria de sociedades, as sociedades simples são definidas legalmente por exclusão. São aquelas que não têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário, sujeito a registro.

⁴⁰ CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 84.

⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Parecer inédito*. São Paulo, agosto de 2003.



5. DISTINÇÃO ENTRE SOCIEDADE SIMPLES E SOCIEDADE EMPRESÁRIA

A sociedade simples, na opinião de Campinho⁴², compreende atividades econômicas específicas; o ordenamento jurídico positivo é quem lhe reserva o objeto. Algumas das antigas sociedades civis com fins econômicos se enquadram como sociedade simples e outras consideradas anteriormente civis são consideradas hoje sociedades empresárias, como por exemplo, as agências de viagem, os hospitais, as administradoras de imóveis.

Pelo Código Civil, são exemplos de sociedades simples: as cooperativas, sociedades dedicadas à atividade própria de empresário rural não registradas na junta comercial, as sociedades de advogados, sociedades de médicos, arquitetos, engenheiros, químicos, farmacêuticos, músicos, fotógrafos, artistas plásticos. Nesse diapasão as sociedades uniprofissionais são sociedades simples.

Já a atividade típica de empresário não se define por sua natureza, mas pela forma com que é explorada. Quando a atividade econômica é explorada de forma organizada, com empresarialidade, mediante a articulação dos fatores de produção, tem-se uma empresa individual (exercida pelo empresário individual) e, se empresa coletiva (exercida pela pessoa jurídica), sociedade empresária.

Cunha Peixoto⁴³ é de opinião que *a organização, embora presente em toda empresa, não se presta a distingui-la das atividades não empresariais, vez que também nestas é encontrada. O verdadeiro elemento diferenciador é o exercício profissional da atividade, termo este que traz em si idéia, não só de intenção de ganhos ou lucros, atividade criativa de riqueza, mas também de atividade com o objetivo de atender ao mercado.*

Sztajn⁴⁴ preleciona que atividades empresariais caracterizam-se por serem econômicas e organizadas para a produção de bens e serviços, que tanto podem ser representadas pela partilha de excedentes financeiros

⁴² CAMPINHO, Sérgio. *O direito cit.*, p. 36.

⁴³ CUNHA PEIXOTO, Euler da. Empresário individual e sociedade empresária. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 46, Jan./Jun./ 2005, p. 105.

⁴⁴ SZTAJN, Raquel. O conceito de empresário no código civil brasileiro. *Revista Magister de Direito Empresarial, concorrencial e do consumidor*. Ano II, N. 7, pp. 103/104.

quanto pela partilha de utilidades econômicas patrimoniais. Aduz, ainda, que os elementos marcantes da noção de empresa são: atividade econômica organizada profissionalmente destinada a mercados e com escopo de lucro, e que a doutrina italiana já admitiu que a empresa é caracterizada, como já referido, por um feixe de contratos que garante domínio, direito de uso dos fatores da produção por períodos longos de tempo. Outra característica da atividade empresarial é o risco econômico em relação aos resultados positivos ou negativos, como se coloca a empresa em movimento. Como organização interna, será pautada pelos contratos celebrados para a contratação de mão-de-obra, aquisição de matérias-primas ou insumos, bens ou utilidades necessários à produção, local físico, máquinas, equipamentos, recursos financeiros, distribuição de produtos. Também é importante o risco jurídico ou incerteza jurídica, que tem a ver com a legislação, a forma pela qual são interpretados os textos legais, a aderência das regras às instituições e práticas socialmente aceitas. Enfim, para a autora a empresa encerra inúmeras variáveis, cada vez mais complexas e ligadas umbilicalmente aos riscos, mercados, lucros, contratos e forma de organização.

As sociedades empresárias operam através da organização, posto que esta se sobrepõe ao labor pessoal dos sócios, que poderão atuar como dirigentes, mas que não serão, de forma predominante, os operadores diretos da atividade-fim exercida.

Portanto, sociedade empresária existe quando há coordenação e administração desses fatores de produção, cujo resultado se apresenta mediante a circulação de bens e a prestação de serviços, que suplantam a atuação pessoal dos sócios. O exercício direto do objeto social é operado pela organização.

Se os sócios operam diretamente o objeto social, exercendo eles próprios a produção de bens, a sua circulação, ou a prestação de serviços, o que se tem é uma sociedade simples.

Na sociedade simples o que prevalece é o trabalho pessoal prestado diretamente pelos seus sócios. Assim, o núcleo de sua atividade produtiva está no trabalho pessoal. Ainda que a sociedade tenha empregados, estes apenas colaboram, mas o que se exterioriza, de forma prevalente, é o labor dos próprios sócios, ou de um administrador designado que opera de forma pessoal.

Para Tavares o trabalho intelectual seria um elemento de empresa quando representasse um mero componente, (às vezes até o mais importante) do produto ou serviço fornecido pela empresa, mas não esse produto ou serviço em si mesmo.⁴⁵

Conforme demonstrou Costa, no exercício da profissão intelectual, o profissional liberal utiliza predominantemente o conhecimento adquirido durante sua formação escolar. Pode, eventualmente, utilizar-se de materiais. Todavia, no exercício de suas atividades, o profissional intelectual não transfere ao cliente a sua técnica e a sua habilidade, mas este apenas obtém o resultado delas.⁴⁶

Não constitui fator determinante para a classificação da sociedade em empresária ou simples a dimensão da empresa. Em geral, não se consegue explorar atividade econômica de vulto sem a organização empresarial. Mas não há relação necessária entre um e outro fator. A prova dessa assertiva é a constatação de que pequenos negócios podem ser explorados empresarialmente. O decisivo é a forma com que se explora a atividade: com ou sem empresarialidade.

O art. 983 estabelece (mas não esclarece) que, salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro; e, simples, as demais.

E o parágrafo único estatui que, independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações, ainda que não explore seu objeto empresarialmente; e, simples, a cooperativa, ainda que organizada de forma empresarial. São exceções previstas pelo Código Civil que não se submetem à regra assinalada, como por exemplo, a cooperativa de crédito, organizada empresarialmente (com o diferencial que é fiscalizada pelo Banco Central) e que é, mesmo assim, legalmente considerada sociedade simples.

Considerando-se que a empresa constitui o átomo centralizador do direito empresarial e da economia de mercado, *ipso facto*, os fundamentos e diretrizes constitucionais perpassam também por ela.

⁴⁵ TAVARES, José Edwaldo. *Jornal da Serjus*. N. 59, dez. 1993 (informativo da Associação dos Serventuários da Justiça de Minas Gerais).

⁴⁶ COSTA, Wille Duarte. *A possibilidade de aplicação do conceito de comerciante ao produtor rural*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, Tese de Doutorado, 1994, pp. 121/122.

6. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE EMPRESA

No magistério de Washington Albino⁴⁷ os elementos ideológicos puros, tais como a iniciativa privada e a função social da propriedade têm sido absorvidos sob a forma de fundamentos e de princípios que traduzem a ideologia constitucionalmente adotada.

A ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada, e consagra uma economia de mercado. Tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios indicados no art. 170, que podem ser interpretados pelos seguintes: da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego.

A propriedade privada e a sua função social, dois importantes princípios da ordem econômica, insculpidos no art. 170, II e III, tendem a organizar-se em empresas, e atinge a substancialidade quando aplicados à propriedade dos bens de produção.

A correta abordagem do tema deve ser efetuada, portanto, a partir da identificação individual dos elementos ideológicos contidos nos fundamentos e nos princípios constitucionais. O ilustre professor elabora a análise da Constituição da República, com destaque para o art. 170, do Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, a seguir exposta:⁴⁸

Modelo Liberal

a) como “fundamento”

_ a livre iniciativa.

b) como “princípios”

_ II. a propriedade privada

_ VI. a livre concorrência

⁴⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Conflitos ideológicos da constituição. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, n. 74/75, jan/jul/1992, p. 26.

⁴⁸ *Idem, ibidem*, pp. 27/28.



_ e, parágrafo único: é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Modelo Socialista

a) como “fundamentos”

_valorização do trabalho humano e existência digna conforme os ditames da justiça social.

b) como “princípios”

_III. Função social da propriedade

_V. defesa do consumidor

_VII. redução das desigualdades sociais

_VIII. busca do pleno emprego

_IX. tratamento favorecido para as pequenas empresas de capital nacional de pequeno porte.

Os referidos princípios devem ser interpretados em consonância com o aspecto político, o que conduz os teóricos a admitirem uma jurisprudência política.

Grau⁴⁹ preleciona que *a ordem econômica na Constituição de 1988 consagra um regime de mercado organizado, entendido como tal aquele afetado pelos preceitos da ordem pública clássica (Geraldo Vidigal); opta pelo tipo liberal do processo econômico, que só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate econômico que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando aumento arbitrário dos lucros – mas sua posição corresponde ao neo-liberalismo ou social-liberalismo, como a defesa da livre iniciativa (Miguel Reale);...a Constituição é capitalista, mas a liberdade apenas é admitida enquanto exercida no interesse da justiça social e confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado (José Afonso da Silva).*

⁴⁹ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1988, pp. 212/213.

7. A ATIVIDADE EMPRESÁRIA E MERCADO

A origem dos mercados retroage à Idade Média, às feiras dos mercadores, e ganhou maior visibilidade após a Revolução Industrial.

A noção de mercado sempre esteve ligada ao regime de produção, circulação e consumo de massa, independente de qualquer regime e época de sua atuação. É equivocada a idéia de que a expressão mercado significa espaço geográfico, sem considerar os múltiplos agentes envolvidos, como os fornecedores e os adquirentes dos bens negociados.

O mercado é definido como unidade jurídica das relações de escambo, em relação a um dado bem ou a uma categoria de bens.⁵⁰

É lugar primitivo e espontâneo, que se rege por si, e que gera a maior satisfação das necessidades humanas.⁵¹

A mais relevante função dos mercados, segundo o magistério de Sztajn,⁵² é a de ordenar ou regular a troca econômica, tornar eficiente a circulação de bens na economia, melhorar a distribuição dos bens disponíveis entre agentes econômicos.

Os efeitos econômicos e jurídicos das operações nos mercados revelam-se no campo da concorrência entre os agentes produtores e distribuidores de um lado, e no dos consumidores, de outro, como faces de uma mesma moeda. E, segundo Verçosa,⁵³ necessitam quase sempre da intervenção do legislador como meio de correção de rumos. Para Irti, o mercado é o lugar artificial que a lei constrói, governa, orienta e controla; daí pode-se dizer, que não existe mercado fora da decisão política e da escolha legislativa, mesmo quando se trata de deixar os negócios ao jogo dos interesses individuais, o que representa uma decisão e escolha políticas.

⁵⁰ IRTI, Natalino. *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà: Rivista di diritto civile*, 2/185: apud VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial cit.*, p. 133.

⁵¹ IRTI, Natalino. *Persona e mercato. Rivista di diritto civile*. Pádua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1955. Ano 41, n. 3, p. 289. Apud Sztajn, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*, São Paulo: Atlas, 2004, p. 31.

⁵² SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa cit.*, p. 33.

⁵³ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso cit.*, p. 132.



*Duas funções básicas são exercidas pelo mercado: a) é o lugar (em sentido largo) no qual o empresário exerce a sua atividade; pode ser um lugar físico determinado, como a Bolsa de Valores, uma região, ou até mesmo nenhum lugar específico (negócios feitos pela internet); b) é a estrutura social, econômica e jurídica que permite aos empresários e operadores celebrar contratos.*⁵⁴

Os mercados necessitam de dois requisitos fundamentais para o seu funcionamento: estabilidade e segurança jurídica. Quando o mercado apresenta riscos significativos prejudica e até mesmo impede que os negócios sejam firmados. Os custos de transação podem aumentar de tal forma que negócios deixam de ser realizados. Os planos econômicos brasileiros têm confirmado tal assertiva. No momento, inclusive, devido à crise internacional iniciada nos Estados Unidos pela inadimplência do setor imobiliário, o chamado risco legal tem se apresentado de forma bem acentuada, com a baixa de negócios nas Bolsas de Valores de vários países da Europa e Ásia, repercutindo também no Brasil.

Em mercados, a fungibilidade dos agentes, dos participantes é regra. Do ponto de vista objetivo, mercados geram informações, e no âmbito das contratações os preços são expressos, aparentes, enquanto nas organizações os preços são implícitos.

A atuação do empresariado no mercado é resultado da autonomia privada, que deve ser exercida nos limites constitucionais, mormente os estatuídos pelo art. 170 da Constituição da República, como os mencionados princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência.

8. CONCLUSÃO

A empresa, centro de imputação de interesses em um feixe de contratos, desencadeados sucessiva e continuamente é o núcleo atomizador do Direito de Empresa e importante instrumento para a manutenção da estrutura do adequado mercado concorrencial.

O complexo de relações decorrentes da atividade da empresa forma um patrimônio que tem como titular o empresário. Assim, os efeitos da

⁵⁴ Apud VERÇOSA, Haroldo Malheiros Ducler. *Curso cit.*, pp. 35 e ss.

empresa ficam a cargo desse sujeito, o empresário, que a impulsiona e a adota de efetiva realidade econômica.

O objetivo dos empresários, imprescindíveis agentes econômicos, é transformar decisões de produzir bens e serviços para o mercado, com lucratividade. A empresa termina, na realidade, por ser projeção do empresário, que se transforma na mola propulsora da atividade econômica.

A empresa se apresenta perante o mundo jurídico revestida da roupagem jurídica da sociedade empresária, pessoa jurídica de direito privado diferente da sociedade simples criada pelo legislador do Código Civil de 2002.

Ambos os tipos societários exercem atividade com finalidade econômica, todavia, a sociedade empresária organiza os fatores de produção e o faz com empresarialidade, ao passo que a atividade da sociedade simples é exercida sem elemento de empresa.

Se os sócios operam diretamente o objeto social, exercendo eles próprios a produção de bens ou a prestação de serviços, o que se tem é uma sociedade simples. Se o exercício direto do objeto social é operado pela organização, afigura-se a sociedade empresária.

Empresa ou sociedade, figuras jurídicas distintas, produzem bens e serviços para o mercado, o que implica assumir inúmeros tipos de riscos, incertezas a respeito de quais bens ou serviços são necessários para atender demandas atuais ou futuras.

A atividade econômica necessita de parâmetros, resguardados pelos fundamentos determinados pela Constituição da República, que pretendem dar o norte para que sejam atingidos os princípios esculpidos no art. 170: consagrar um regime de mercado organizado, do tipo liberal do processo econômico, preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, a fim de que prevaleça a defesa da livre iniciativa, a propriedade privada e sua função social.

BIBLIOGRAFIA

ÁLVARES, Walter T. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1979.

ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa. Rivista del Diritto Commerciale*. v. 41. Milano, 1943.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTRO, Moema Augusta Soares. *Manual de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CATHARINO, José Martins. Algo sobre a empresa. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, n.11, 1968.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORREIA, Miguel J. A. Pupo. *Direito comercial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão; PARENTONI, Leonardo Netto; GUIMARÃES, Rafael Couto; MARTINS, Daniel Rodrigues. Exegese quadripartite do art. 966 do Código Civil de 2002. In: AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Jornada de direito civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2005.

COSTA, Wille Duarte. *A possibilidade de aplicação do conceito de comerciante ao produtor rural*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1994. Tese de Doutorado.

CUNHA PEIXOTO, Euler. Empresário individual e sociedade empresária. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Nova Fase*. Belo Horizonte, 2005, n.46.

DESPAX, Michel. *L'entreprise et le droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRARA, Francesco. *Sulla nozione d'imprenditore nel nuovo Codice Civile*. Milano: *Rivista del Diritto Commerciale*, n. 42, 1944.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1988.

MACHADO, Sylvio Marcondes. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003.

REQUIÃO, Rubens. A função social da empresa no Estado de Direito. Curitiba: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 19, 1978-80.

RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. São Paulo: Freitas Bastos, 1947.

SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: 2001.

SOUZA, Ruy de. *O Direito das Empresas*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1959.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico e economia política*. v. 2. Belo Horizonte: Edit. UFMG, 1970/71.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Conflitos ideológicos da constituição. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, n. 74/75, jan/jul/1992.

SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Atlas, 2004.

TAVARES, José Edwaldo. *Jornal da Serjus*. N. 59,dez.1993 (informativo da Associação dos Serventuários da Justiça de Minas Gerais).

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. v. 1. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.



**APONTAMENTOS SOBRE ASPECTOS DA
REFORMA DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO NA
PERSPECTIVA DE UM NOVO ARQUÉTIPO
CONTRATUAL**

Luiz Edson Fachin

Uiara Andressa Brekailo

*Luiz Edson Fachin, Professor Titular de
Direito Civil da Universidade Federal do
Paraná e da Pontifícia Universidade Católica
do Paraná*

*Uiara Andressa Brekailo, Bacharel em
Direito pela Universidade Federal do Paraná,
Administradora graduada com dupla-
diplomação no Brasil e na Alemanha pela
FAE Centro Universitário - "Bacharel em
Administração" e pela Faculdade de Münster
(Fachhochschule Münster) - "Diplom-
Betriebswirtin (FH)"*



APONTAMENTOS SOBRE ASPECTOS DA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO
NA PERSPECTIVA DE UM NOVO ARQUÉTIPO CONTRATUAL
Luiz Edson Fachin e Uiara Andressa Brekailo

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem objetivo definido: trata da reforma do direito das obrigações na Alemanha levada a efeito em 2002 no § 311 (3) do BGB, atinente à relativização do princípio dos efeitos relativos dos contratos. Decorre de um diálogo encetado entre os co-autores vincado pelo somatório de preocupações e de investigações na pesquisa.

Aqui se recoloca que a teoria tradicional dos contratos buscou explicar as relações contratuais tendo como norte o princípio da autonomia da vontade e o princípio do *pacta sunt servanda*, segundo os quais o contrato faz lei entre as partes. Com o fim do Estado liberal e o advento do Estado social, novos princípios passam a reger as relações contratuais, que culmina, no âmbito do direito das obrigações, no desenvolvimento de uma nova teoria contratual, superando o modelo formal de contratos.

Os princípios norteadores das relações contratuais passam por um processo de releitura e relativização. O que era tido como absoluto e intocável passa a sofrer intervenção estatal, as características individuais dos contratos cedem lugar a características sociais e os litígios envolvendo revisões de cláusulas pactuadas passam a fazer parte da rotina do Judiciário.

A construção jurisprudencial tem papel fundamental na recepção e consolidação dos princípios do direito contratual contemporâneo.

Confirmando esse pensamento houve, em 2002, na Alemanha, uma atualização legislativa do direito das obrigações, que incorporou alguns institutos de construção jurisprudencial, como o § 311 (3). É o que aqui ver-se-á exposto, em linhas gerais, sem pretensão de exaurir a matéria, complexa por si só.

O trabalho parte das raízes e configurações do contrato, abordando, no primeiro capítulo, o modelo clássico e suas características, bem como da superação do modelo formal, desde os princípios que passam a reger as relações contratuais, perpassando pelo fenômeno de constitucionalização do direito civil e, por fim, enfatizando a relatividade dos efeitos relativos dos contratos.

Apresenta um estudo sobre a reforma do direito obrigacional alemão, contextualizando-o na superação do modelo formal de contrato. Por fim, é apresentada uma breve pesquisa jurisprudencial acerca da relatividade dos efeitos relativos dos contratos no *Bundesgerichtshof* (BGH).

TÍTULO I – DO CLÁSSICO AO CONTEMPORÂNEO: ELEMENTOS DE UMA TRAVESSIA

1.1. O modelo formal: aspectos relevantes no pensamento jurídico

A concepção tradicional de contrato do século XIX tem como princípios fundamentais a liberdade contratual e a intangibilidade dos contratos.

Nos contratos, o indivíduo é livre para manifestar sua vontade em conformidade com a lei e, com isso, criar direitos e contrair obrigações. O princípio pelo qual se reconhece à manifestação da vontade o poder criador de efeitos jurídicos é o da autonomia da vontade¹.

Pode-se afirmar que a teoria do negócio jurídico está intimamente ligada à idéia de vontade, a qual deve ser exteriorizada ou pela declaração da vontade ou pela manifestação da vontade.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1... p. 304.



Sobre esse princípio, particularizado no direito contratual sob a forma da liberdade de contratar, ensina Orlando GOMES:

*A liberdade de contratar propriamente dita é o poder conferido pela ordem jurídica às partes contratantes de suscitar os efeitos que pretendem, sem que a lei intervenha para impor a observância dos preceitos que traça. Em matéria contratual, as disposições legais têm, de regra, caráter *supletivo* ou *subsidiário*, somente se aplicando em caso de *silêncio* ou *carência* das vontades particulares. Prevalece, desse modo, a vontade das contratantes. Permite-se que regulem seus interesses por forma diversa e até oposta à prevista na lei².*

Na visão de Paulo Luiz Neto LÔBO, autonomia da vontade é definida como a “possibilidade, oferecida e assegurada aos particulares pelo ordenamento jurídico, de regular suas relações mútuas dentro de determinados limites, por meio de negócios jurídicos, em especial mediante contratos”³.

Martinho GARCEZ NETO assevera:

De conformidade, ainda, com o princípio da autonomia da vontade, o homem é absolutamente livre, de contratar ou não contratar, desde que a convenção seja lícita. Não se afirma apenas que o contrato tem força da lei entre os pactuantes; diz-se, ainda, que o contrato é mais forte que a lei. Só a vontade pode criar ou fazer nascer uma obrigação.⁴

Para Fernando NORONHA, a autonomia privada “é a possibilidade, oferecida e assegurada aos particulares, de regularem suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos, em especial mediante contratos” e, por conseguinte, consiste na liberdade de as pessoas regularem direitos e deveres por meio de contratos, ou mesmo negócios jurídicos unilaterais, quando possíveis, os seus interesses, em especial quanto à produção e à distribuição de bens e serviços⁵.

² GOMES, Orlando. *Op. Cit.*, p. 29.

³ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 29.

⁴ GARCEZ NETO, Martinho. *Obrigações e contratos*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969. p. 50.

⁵ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Coimbra: Almedina,

Com efeito, vigorava a presunção de que, diante da liberdade de contratar, os interessados podiam discutir o pacto livremente até chegar a um consenso, desfrutando da liberdade de celebrar, ou não, o contrato. Nesse contexto, partes iguais e livres não precisavam de interferência legislativa para impedir a estipulação de obrigações excessivamente onerosas a um dos contratantes em benefício do outro. De modo que qualquer tentativa de intervenção representaria intolerável restrição à liberdade.

Segundo Paulo Neves SOTO, esse entendimento decorreu do fato de que, nos séculos XVIII e XIX, o Direito foi marcado por uma orientação individualista e as relações contratuais eram estabelecidas por pessoas igualmente livres, já que todos viviam em uma sociedade de proprietários de bens de produção ou de capital ou, ao menos, da própria força de trabalho⁶.

Note-se que o contrato concebido como expressão da liberdade individual ou da autonomia da vontade desenvolve-se no contexto histórico do Estado moderno-liberal. Contexto que tem como ponto máximo o predomínio do capitalismo industrial da segunda metade do século XIX, momento em que foi elaborada a teoria do negócio jurídico⁷. Para Paulo Luiz Neto LÔBO, apesar de seus pressupostos estarem ligados à ideologia liberal, a teoria do negócio jurídico procura explicar, até hoje, teoricamente, as estruturas de todas as atividades negociais, pela aplicação dos conceitos gerais, desconsiderando o processo histórico ao tentar adaptar à realidade atual as mesmas soluções encontradas em tempos passados.

A liberdade de contratar está no encontro de outras liberdades: a liberdade de escolher o que vai ser contratado, com quem irá contratar e de que forma será contratado. Já a intangibilidade diz que o contrato faz lei entre as partes, *pacta sunt servanda*⁸. Este princípio impossibilita as partes alterarem o que foi contratado, bem como torna impossível

1994. p. 115.

⁶ SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito contratual. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (organizadora) et. al. *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248.

⁷ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Op. cit.*, p. 13.

⁸ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 42.

que o contrato seja passível de revisão judicial. Esses princípios estavam atrelados ao princípio da autonomia da vontade, segundo o qual o sujeito só pode ser vinculado pelas obrigações que ele próprio, voluntariamente assumir.

Ao princípio da autonomia da vontade também estavam interligados o consensualismo e o efeito relativo dos contratos. Sobre consensualismo entende-se que se as partes são livres para contrair obrigações, então ficarão vinculadas apenas pela manifestação dada nesse sentido. Já sobre o efeito relativo dos contratos entende-se que se as partes só se obrigam na medida da sua liberdade, então os contratos não podem beneficiar nem prejudicar terceiros; esses nunca poderiam ser atingidos por efeitos jurídicos estranhos à sua vontade⁹.

A visão individualista de Direito foi incorporada pelas legislações ocidentais, podendo-se afirmar que o sistema de direito privado está fundado na liberdade dos particulares, com centralidade no negócio jurídico, concebido como paradigma da manifestação da vontade. Portanto, a vontade individual continua a nortear a teoria do negócio jurídico e a teoria do contrato, persistindo, os juristas, em explicar as complexas relações das sociedades de massa.¹⁰

Leciona Paulo Luiz Neto LÔBO:

A liberdade contratual está estreitamente entrelaçada com a liberdade de propriedade, como se observa nas codificações surgidas da união da sociedade burguesa com o Estado moderno. Através da codificação, o racionalismo liberal burguês generalizou seus valores sociais, políticos e econômicos, utilizando uma aparência abstrata e atemporal.¹¹

Daí decorre o princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), segundo o qual o contrato é lei entre as partes. Referida como “pedra angular da segurança ao comércio jurídico” por Orlando GOMES, que assevera:

⁹ *Ibid.*, p. 43.

¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Op. cit.*, p. 15.

¹¹ *Id.*

Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente seu *conteúdo*, vale dizer, definidos os direitos e obrigações correspondentes a cada parte, as cláusulas que o constituem têm, para os contratantes, força obrigatória. Diz-se que é intangível, para significar-se a *irretratabilidade* do acordo de vontades.¹²

Referido autor afirma ainda que o *pacta sunt servanda* afasta a possibilidade de revisão do contrato pelo juiz, ou de libertação por ato seu, tampouco as cláusulas contratuais podem ser alteradas judicialmente, qualquer que seja a razão invocada. E mais, “se ocorrem motivos que justificam a intervenção judicial em lei permitida, há de realizar-se para decretação de nulidade ou da resolução do contrato, nunca para a modificação do seu conteúdo”¹³.

Afinal, segundo Paulo Neves SOTO, “se a sociedade é composta por proprietários é o contrato que garante a circulação de riquezas e a realização da liberdade individual”¹⁴.

Cabe ressaltar, todavia, que o princípio da liberdade de contratar não é absoluto, pois se subordina à ordem pública e aos bons costumes. Segundo Caio Mário da Silva PEREIRA, “em nossos dias, vem-se observando, no mundo inteiro, uma cada vez maior expansão do domínio da ordem pública, e um cada vez mais acentuado estreitamento da participação da autonomia da vontade”¹⁵.

Orlando GOMES afirma que “as limitações à liberdade de contratar inspiram-se em razão de utilidade social”, pois “certos interesses são considerados infensos às bases da ordem social ou se chocam com os princípios cuja observância por todos se têm como indispensável à normalidade dessa ordem”¹⁶.

¹² GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 39.

¹³ *Ibid.*, p. 40.

¹⁴ SOTO, Paulo Neves. *Op. cit.*, p. 248.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. v. 1...* p. 304.

¹⁶ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p.31



Tanto que, nesse particular, a lei impõe a sanção de invalidade (nulidade) aos contratos firmados em contrariedade às leis de ordem pública e aos bons costumes.

Todavia, nem essas limitações à autonomia privada eram suficientes para impedir a prática de abusos que transformavam a liberdade de contratar em verdadeiro exercício de poder da vontade. Sobretudo no regime de desigualdade econômica como o que resultou do desenvolvimento do capitalismo¹⁷.

Aliás, de um modo geral, o direito privado sofreu significativas mudanças, principalmente em razão dos fatos sociais advindos das duas Guerras Mundiais, pela transformação de uma economia estável numa economia flutuante em razão das oscilações do mercado e da moeda¹⁸.

Para Orlando GOMES, “após a primeira conflagração mundial, apresentaram-se, em alguns países beligerantes, situações contratuais que, por força das circunstâncias, se tornaram insustentáveis, em virtude de acarretarem onerosidade excessiva para um dos contratantes”¹⁹.

Segundo Fabiana Rodrigues BARLETTA, “o contrato tal como fora concebido na acepção do Code – em que ambas as partes, em situação de igualdade econômica e jurídica, e no gozo pleno de suas liberdades pactuavam, e o que constasse desse pacto faria lei entre tais partes – não é mais o modelo preponderante na sociedade atual”²⁰.

Afirma Martinho GARCEZ NETO:

Os exageros a que foi arrastado o princípio da autonomia da vontade, de par com as transformações econômicas, sociais e políticas que o mundo tem atravessado nestes últimos tempos, provocaram uma reação natural e necessária, que, sem apoucar a significação do princípio, entretanto o reduz às suas exatas proporções e o coloca nos limites indispensáveis à vida jurídica e seu desenvolvimento.

¹⁷ *Ibid.*, p. 33

¹⁸ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A Revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente à contratação positivada no Código do Consumidor, sob a perspectiva civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coordenador). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 287.

¹⁹ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 41.

²⁰ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *Op. cit.*, p. 287.

Sem dúvida, é impossível negar-se, hoje em dia, que o contrato pode ser fonte de injustiça, pois não é verdade que os contratantes se encontrem em um estado de igualdade perfeita. No máximo, poderá existir a igualdade jurídica, ou seja, uma igualdade utópica e ideal, em relação à lei, mas que é desmentida pela desigualdade econômica e social, que é a que importa, na realidade, aos contratantes, às partes que se obrigam mútua e reciprocamente.²¹

Com efeito, adveio a necessidade de intervenção do Estado na relação contratual, pois tanto se abusou da liberdade de contratar que se fizeram necessárias medidas legislativas tendentes a limitá-la, convencendo-se os juristas de que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta²². Noutras palavras, a (suposta) livre manifestação da vontade de contratantes com poderes de barganha absolutamente desiguais gera, na prática, a escravização daquele que se mostra tecnicamente ou economicamente mais fraco²³.

1.2. A SUPERAÇÃO DO MODELO FORMAL: UMA BREVE SÍNTESE

A teoria do contrato tida como afirmação da autonomia da vontade e exercendo uma função individual tornou-se insuficiente e inadequada devido às transformações sociais e econômicas do século XX, tendo de ser reestruturada para atender e exercer uma função social, voltada a uma ideologia igualitária, com suas demandas de justiça social²⁴.

A teoria dos contratos desenvolvida no século XIX girava em torno somente do princípio da autonomia privada ou autonomia da vontade. No entanto, essa concepção acaba por não explicar alguns institutos de direito contratual, além de prejudicar o desenvolvimento de outros, tornando-se insatisfatória.

Os princípios fundamentais do Direito nada mais são do que reflexos dos valores básicos sociais de liberdade, justiça e de ordem, devendo esses

²¹ GARCEZ NETO, Martinho. *Op. cit.*, p. 56.

²² GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 33.

²³ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *Op. cit.*, p. 291.

²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Op. cit.*, p. 17.



ser observados em toda análise jurídica. Para Fernando NORONHA, no direito dos contratos esses princípios se traduzem em autonomia privada, justiça contratual e boa-fé, encontrando-se numa relação de permanente tensão, autolimitando-se reciprocamente:

O princípio da autonomia privada traduz-se na liberdade de as pessoas regularem, através de negócios jurídicos, os seus interesses, em especial no que diz respeito à produção e à distribuição de produtos e serviços. A autonomia privada é fundamento da liberdade contratual, do consensualismo e do efeito relativo dos contratos.²⁵

A transformação demográfica moderna (explosão demográfica) deu origem à sociedade de massas, fenômeno relevante e de consequências jurídicas. Um dos problemas concretos relacionado ao direito da sociedade de massas é “a distribuição dos bens com sua incidência na propriedade privada, o estabelecimento de limitações ao direito de propriedade e a intervenção do Estado para realizar a função social da propriedade”, como afirma Paulo Luiz Neto LÔBO:

O que antes era tratado pelos jusprivatistas, ao monumental edifício da teoria do contrato ou do negócio jurídico, como exceção ou tipos marginais, situações-limites, passa a ser a regra: os contratos de adesão em múltiplas e variáveis formas, os contratos de massa, os contratos-tipo, a automatização, etc.²⁶

A vontade do grupo ou do Estado prevalece, em detrimento da vontade humana, em seu caráter individual. O Estado passa a direcionar o contrato a uma função social, por meio de sua produção normativa.

Como os pressupostos políticos e econômicos não são mais os mesmos, não se trata apenas de adaptar a teoria contratual aos novos fatos, mas sim de reelaborar e repensar toda a construção jurídica do contrato, conforme ensinamento de Paulo Luiz Neto LÔBO:

O contrato deixa de ser apenas instrumento de exercício de direitos para ser também instrumento de política econômica.

²⁵ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 18.

²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Op. cit.*, p. 18.

E se estabelece uma situação aparentemente paradoxal: um recrudescimento de sua importância na medida de seu declínio, quando a autonomia da vontade vai perdendo seu domínio²⁷.

Sobre essa transição, Silvio de Salvo VENOSA assevera:

A autonomia da vontade não mais se harmoniza com o novo direito dos contratos. A economia de massa exige contratos impessoais e padronizados; doutro modo, o individualismo tornaria a sociedade inviável.

O Estado, por sua vez, com muita frequência ingressa na relação contratual privada, proibindo ou impondo cláusulas.

Essa situação vem colocar em choque o contrato como dogma do liberalismo. O binômio liberdade-igualdade que forjou esse liberalismo no direito das obrigações tende a desaparecer. Há vontades que se impõem, quer pelo poder econômico, quer pelo poder político.

Em razão dessas modificações, a força obrigatória dos contratos não se aprecia tanto à luz de um dever moral de manter a palavra empenhada, mas sob o aspecto da realização do bem comum e de sua finalidade social. O homem moderno já não mais aceita o dogma no sentido de que seja justo tudo que seja livre (...).²⁸

A interdependência entre autonomia da vontade e negócio jurídico faz com que o declínio de um esteja diretamente relacionado ao declínio do outro. Na visão de Paulo Luiz Neto LÔBO, o negócio jurídico “surgiu exatamente para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações e exceções, tendo por fito esse acontecimento do mundo jurídico”²⁹.

Com efeito, a teoria do negócio jurídico concebe o negócio jurídico como instrumento da autonomia da vontade. Uma vez que a autonomia deixa de ter papel de centralidade nas relações jurídicas da sociedade de massa, a própria teoria do negócio jurídico perde sua base.

²⁷ *Ibid.*, p. 19.

²⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 3ª ed. Atlas: São Paulo, 2003. v. II, p. 369.

²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Op. cit.*, p. 20.



Uma das características das relações jurídicas de massa é a despersonalização. Os sujeitos não são claramente identificados. As relações jurídicas tradicionais eram concebidas entre indivíduos concretos, se estabeleciam entre pessoas perfeitamente identificadas ou identificáveis³⁰. A automatização inerente às relações massificadas ou anônimas não se enquadra no modelo tradicional de contrato.

O modelo clássico, inserido na idéia de justiça contratual passou a atender de maneira insatisfatória as relações entre contratantes, pois em muitas situações o contrato era considerado válido, embora não houvesse equilíbrio na relação estabelecida, o que provocava para uns a ruína e para outros o enriquecimento exagerado³¹.

O Estado assume uma função protetiva ao favorecer economicamente os mais fracos, intervém para estabelecer o equilíbrio, de modo que o princípio da força obrigatória dos contratos seja mitigado para ajustar o contrato à nova realidade social. Além de proteger, o Estado também dirige, não mais de acordo com os interesses dos particulares, mas com o interesse social. O contrato passa a ser dirigido, regulamentado e fiscalizado pelo Poder Público. Esse fenômeno é chamado de dirigismo contratual, em que o Estado interfere em favor da comutatividade contratual, limitando a autonomia privada.

1.2.1 RELEITURA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

O contexto histórico do Estado social evidenciou a necessidade de uma releitura dos princípios contratuais. Nessa evolução, a liberdade de contratar não é mais tida em caráter absoluto e passa a sofrer limitações, conforme lição de Fernando NORONHA:

Limitações legais à liberdade contratual mostraram-se sempre necessárias, por isso que é a própria liberdade contratual que no seu processo dialético tende a limitar-se e por vezes se anula. Em todos os tempos lhe foram postos limites resultantes do meio social, ou do *milieu contractuel*, em que ela se move. (...) Além disso, só uma sociedade onde todos tivessem uma igual força social,

³⁰ *Ibid.*, p. 21.

³¹ DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual*: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 33.

numa sociedade de pequenos proprietários, é que a liberdade contratual poderia, como é óbvio, ser uma igual liberdade para todos. Desde que os contraentes se distinguem entre proprietários e não-proprietários, a liberdade contratual não pode deixar de se transformar numa liberdade dos mais fortes, de imporem a sua vontade aos mais fracos, acompanhada da necessidade para estes de terem de a aceitar. À proporção pois em que a economia livre se transforma numa economia capitalista, tanto mais a liberdade contratual dos indivíduos vai sofrendo limitações impostas pelo predomínio económico dos grupos. E se foi a liberdade contratual que tornou possível a formação de grupos e associações de toda a espécie, verifica-se, por outra banda, que são esses mesmos grupos e associações que cada vez mais a vão limitando.³²

A esse respeito, expõe Martinho GARCEZ NETO:

A evolução jurídica demonstra, assim, que o contrato perdeu a sua característica tradicional, da concepção clássica, isto é, deixou de ser individual e passou a assumir, na modernidade, feição nova, de instituto jurídico social, da mesma forma que, sob o aspecto prático, se transformou em instrumento destinado a realizar os acordos necessários à vida de uma nação moderna, e não apenas a sacramentar as relações entre os indivíduos.³³

Joaquim de Sousa RIBEIRO assevera que o contrato “é um modo constituinte de juridicidade, uma fonte de normas de conduta juridicamente vinculantes, dotadas das garantias e sanções que são inerentes ao direito, normas a que cabe uma cota-parte da função ordenadora das relações sociais³⁴. Dessa forma há uma conexão entre a ordem particular do contrato e a ordem jurídica global, sendo a violação das obrigações contratuais sentidas pelo ordenamento como uma ilicitude, “uma forma de antijuridicidade que contraria os seus próprios valores e estatuições”³⁵, equiparando-se ao não acatamento dos comandos

³² NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 117.

³³ GARCEZ NETO, Martinho. *Op. cit.*, p. 60.

³⁴ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 211

³⁵ *Id.*

prescritos de alcance geral. O contrato encontra-se, portanto, à margem de uma determinada organização político-jurídica, por meio desta fica assegurada a sua credibilidade. Neste sentido, ensina RIBEIRO:

Só assim a ordem particular de relacionamento entre dois sujeitos instituída pelo acto contratual ganha vigência efectiva, permitindo a estabilização de expectativas e a redução da contingência. Dessa forma, mesmo sem a partilha de valores comuns, sem qualquer 'solidariedade mecânica' entre as partes, estas são levadas a cooperar, a cumprir o seu quinhão prestacional do plano de interacção estabelecido no acordo.³⁶

O referido autor afirma que, no entanto, "é mais funda a relação entre o contrato, tanto a sua celebração, como no seu conteúdo, e a ordem jurídico-social"³⁷. O sistema jurídico não figura como um sistema de garantia da execução forçada dos seus efeitos vinculativos, em caso de descumprimento, é também um antecedente e um pressuposto, integrando como fundamento e base de todo agir contratual. Para além dessa seara, a ordem objetiva interfere com o conteúdo de suas consequências vinculativas, estabelecendo requisitos e limites de eficácia, fixando efeitos imperativos, impregnando com seus valores, princípios e critérios, o sentido do comportamento declarativo. Este papel facilitativo do direito dos contratos revela o estreito nexo que se estabelece entre o sistema do contrato autonomamente posto e o sistema normativo geral. Não se trata, portanto, de um dualismo de campos opostos, mas sim de duas esferas de regulação comunicantes, com atinências recíprocas³⁸.

RIBEIRO complementa que "está no sentido da autonomia privada, correspondente à sua tarefa normativa, estabelecer uma concretização prescritiva, com afastamento, ou, pelo menos, particularização regulamentadora, de parâmetros legais de outro modo aplicáveis"³⁹. Ressalta ainda que, a autonomia privada dos contratantes tem um carácter relativo e subordinado ao regime legal, ficando restrita às matérias que a ordem legal deixa disponíveis à vontade dos contratantes, tendo, portanto,

³⁶ *Ibid.* p. 214.

³⁷ *Id.*

³⁸ *Ibid.* p. 217.

³⁹ *Ibid.* p. 223.

limites demarcados⁴⁰. Limites que impedem, em absoluto, a expressão negocial de certos interesses por parte do seu titular.

Por força de disposições imperativas, é imposta uma certa forma de ordenação ou são proibidas determinadas conformações, de modo que a competência para a autonormação é, nesses pontos, restringida, não podendo manifestar-se livremente. Quem intenta provocar o reconhecimento e obter a chancela da ordem jurídica para os efeitos preceptivos de actos de sua vontade tem que respeitar esses limites e imposições legais, sob pena de frustração desse desígnio.⁴¹

Paulo Neves SOTO, por seu turno, assim trata da evolução jurídica quanto à intervenção na relação contratual:

Por tais razões, até então só era possível uma interpretação subjetiva do contrato, em contraposição à tendência moderna da interpretação objetiva das cláusulas contratuais.

A interpretação objetiva do contrato visa o atingimento de outras finalidades que não os da mera circulação de riquezas. Passa a ser necessário elaborar um juízo de utilidade social do 'jogo' em si considerado, que busca um controle judicial dos negócios jurídicos que vai além do controle superficial das 'regras do jogo', e passa a colocar em julgamento a própria validade social do ato, se o mesmo merece tutela jurídica.⁴²

Ou seja, embora a teoria tradicional afirme como regentes das relações entre contratantes o princípio da liberdade contratual e o da vinculatividade do pactuado, de modo que a força obrigatória dos contratos esteja normalmente vinculada ao princípio da autonomia privada, Fernando NORONHA afirma que os valores fundamentais em matéria de contratos são a liberdade, a justiça e a ordem, cujos princípios a eles correspondentes são designados autonomia privada, justiça e boa-fé:

⁴⁰ *Ibid.* pp. 225/230.

⁴¹ *Ibid.* p. 259.

⁴² SOTO, Paulo Neves. *Op. cit.*, p. 251.



(...) se ainda hoje é correto afirmar-se que a obrigação de cumprir o contrato está associada ao dever, de raiz essencialmente ética, de respeitar a palavra dada, mais importante do que este, do ponto de vista social, é a necessidade de assegurar a observância de certos compromissos – necessidade esta ligada essencialmente à tutela da confiança e ao princípio da boa-fé.⁴³

Fabiana Rodrigues BARLETTA, sobre essa “transição de um direito estritamente liberal para um direito socializado e funcionalizado”, assevera:

O atual fenômeno da objetivação do contrato exige que não sejam mais super valorizadas as intenções subjetivas das partes no momento da contratação. Numa sociedade de massas, o contrato deverá estar mais sensível ao que se manifesta no ambiente social, nas condições objetivas de mercado⁴⁴.

Contudo, se a igualdade contratual é hoje relativizada, embora antes não o fosse, quando outras eram as condições de vida, e outro era o meio econômico e social, mesmo assim não se pode considerar irrelevante o princípio da autonomia da vontade nem que do regime da plena liberdade de contratar se deve passar ao do intervencionismo rígido⁴⁵.

Com efeito, nas lições de Fernando NORONHA, o princípio da autonomia privada é invocado também como fundamento aos princípios da liberdade contratual, do consensualismo e do efeito relativo dos contratos, atinentes à liberdade de celebração ou não de negócios jurídicos e, ainda, liberdade quanto à determinação do respectivo conteúdo. Referido autor afirma ainda que a liberdade de contratar é a “faculdade de realizar ou não determinado contrato”, enquanto a liberdade contratual é “a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato”. A distinção é feita para enfatizar que, enquanto a liberdade de contratar tem sido mantida, em termos gerais; a liberdade contratual tem sofrido amplas restrições⁴⁶.

⁴³ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 116.

⁴⁴ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *Op. cit.*, p. 287.

⁴⁵ GARCEZ NETO, Martinho. *Op. cit.*, p. 57.

⁴⁶ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 117.

Assim, a autonomia privada passa a sofrer limitações em prol da justiça contratual, cujas as restrições estão relacionadas aos princípios da boa-fé e da justiça contratual.

Diante da liberdade para contratar, dentro da esfera de auto-regulamentação de interesses marcada pela autonomia privada, em princípio, a vinculação criada pelos contratantes só a elas atingirá, e não a terceiros. Em relação a estes, o contrato será *res inter alios acta* – e *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* (coisa feita entre outros não prejudica nem beneficia a terceiros)⁴⁷. Eis o princípio do efeito relativo dos contratos.

Fernando NORONHA observa, contudo, que esse princípio não deve ser considerado de maneira absoluta:

Efetivamente se um contrato deve ser considerado como fato social, como temos insistido, então a sua real existência há de impor-se por si mesma, para poder ser invocada contra terceiros, e, às vezes, até para ser oposta por terceiros às próprias partes. Assim é que não só a violação de contrato por terceiro pode gerar responsabilidade civil deste (como quando terceiro destrói a coisa que devia ser prestada, ou na figura da indução ao inadimplemento de negócio jurídico alheio), como também terceiros podem opor-se ao contrato, quando sejam por ele prejudicados (o instituto da fraude contra credores é exemplo disto).⁴⁸

Para resguardar o referido princípio, alguns autores distinguem efeito relativo de oponibilidade a terceiros. O primeiro garante que só as partes contratantes ficariam na posição de “credoras” ou “devedores”, jamais terceiros. Já o segundo destaca que o contrato seria efetivamente oponível a terceiros⁴⁹.

O efeito relativo dos contratos sofre relativização a partir do princípio da boa-fé contratual. Em alguns casos, um terceiro pode ser atingido pela relação contratual estabelecida entre outros sujeitos. Desse assunto tratar-se-á oportunamente.

⁴⁷ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 119.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.*



A autonomia privada é vista diante da complexidade de interesse e de valores sociais envolvidos nos contratos, como preceitua Fernando NORONHA:

A liberdade de exprimir o pensamento, a liberdade de trabalhar, de se alimentar convenientemente, de morar decentemente, de se instruir, são liberdades mais necessárias do que a de contratar. A liberdade de contratar a não importa que condições, a não importa que preço, com não importa quem mostrou que pode conduzir à asfixia dos outros direitos e liberdades, que são mais importantes para a felicidade de todos e de cada um. Se ao preço de um certo abandono da liberdade contratual, nós aumentarmos a eficácia dos outros direitos e liberdades, o balanço será ainda positivo e benéfico⁵⁰.

Nessa visão, o que causou o declínio da autonomia privada foi “por um lado, o esquecer-se a regra elementar segundo a qual a lei, e portanto o Estado, está na origem de todos os nossos direitos subjetivos, aí incluído o de contratar e, por outro lado, o abuso que se fez da liberdade de contratar num contexto sócio-econômico permitindo aos fortes explorar os fracos e, por último, e sobretudo, as necessidades de uma economia planejada”⁵¹.

Todavia, Fernando NORONHA enfatiza que mesmo no tempo em que a teoria contratual era construída com base apenas na autonomia da vontade, havia uma preocupação com a justiça contratual⁵².

1.2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

As Constituições, tidas como ápice na ordem hierárquica das normas dentro de determinado território, por si, não abrangem por completo as relações jurídicas da vida social. No entanto, seus valores e princípios devem nortear todas as searas do ordenamento. Esse pensamento aplica-se tanto nas relações entre Estado e indivíduos quanto nas relações inter-individuais; os valores e princípios constitucionais devem ter sua eficácia reconhecida diretamente nas relações entre os indivíduos⁵³.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 121.

⁵¹ *Ibid.*, p. 122.

⁵² *Ibid.*, p. 120.

⁵³ MATTIETTO, Leonardo. *O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos*. In: TEPEDINO,

Em consonância com a supremacia da Constituição Federal frente às demais codificações no Direito, o reconhecimento da incidência de valores e princípios constitucionais no direito civil reflete não apenas uma tendência brasileira, mas de vários ordenamentos, com a qual se verifica a preocupação em edificar uma ordem jurídica voltada aos problemas e desafios da sociedade contemporânea, entre eles o direito obrigacional para além do suporte às relações privadas, voltado à promoção da dignidade da pessoa humana e da boa-fé.

Na contemporaneidade, o interesse individual, o social e o estatal não mais são facilmente separados, como ocorria antigamente. Há um complemento entre o interesse público e o privado, sendo difícil conceber um interesse privado que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse público.

No Brasil, ao longo da história, o Código Civil perdeu para a Constituição a posição de centralidade da ordem jurídica privada. Além disso, um processo de descodificação do direito civil é percebido pelas leis esparsas que figuram no ordenamento. Nesse sentido, o reflexo da unidade de ordenamento, no âmbito das relações privadas, apresenta-se nos valores e princípios constitucionais.

Segundo Leonardo MATTIETTO, “o caminho inevitável a seguir, é, pois, o de empreender a ‘releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição’, com a forçosa identificação de um direito civil mais sensível aos problemas e às exigências da sociedade”⁵⁴, auferindo às normas constitucionais, além do papel hermenêutico, um efetivo caráter de direito substancial.

Na teoria contratual ocorre esse mesmo processo de releitura:

O contrato não existe isoladamente, mas sim, dentro de um contexto, no interior de um conjunto normativo. É ele um dos institutos de que se decompõe um ordenamento jurídico e, portanto, acompanha sempre o seu modo de inserção na sociedade de que é expressão. Essa evolução do ordenamento e, mais especificamente, do contrato, segue o caminho das alterações

Gustavo (coordenador). *Op. cit.*, p. 167.

⁵⁴ *Ibid.*, p.168.



ocorridas no âmbito da sociedade de que o Direito nada mais é do que uma expressão cultural.⁵⁵

A Lei Fundamental alemã, assim como a nossa Constituição Federal, sobrepõe-se às normas de direito privado, partindo da idéia de estrutura do ordenamento jurídico, restringindo a percepção da autonomia do direito privado. A Lei Fundamental alemã reconhece competência aos sujeitos para celebrar contratos ou contrair matrimônio, por exemplo. Mas também reconhece como princípios fundamentais do Estado a soberania popular e a liberdade do indivíduo. Assim, a autonomia privada mantém relação com a soberania popular, e simultaneamente, significa uma relação de complementação recíproca, pois o direito à autodeterminação também constitui um direito humano⁵⁶.

A eficácia externa imediata do art. 1º da Lei Fundamental significa que a dignidade humana deve ser respeitada não somente por medidas do Estado, mas também por ações dos sujeitos privados, com relação à integridade física e ao núcleo absoluto da personalidade⁵⁷. Tanto no plano cível quanto no constitucional há direitos prestacionais originários diante de terceiros e são merecedores de tutela.

O art. 1º da Constituição desenvolve uma eficácia *erga omnes* na condição de fundamento do ordenamento jurídico, incluindo-se nesse contexto os sujeitos jusprivatistas. O art. 6º, II e IV, expõe que os direitos fundamentais objetivam assegurar ao indivíduo uma margem de liberdade de ação em regime de autodeterminação e responsabilidade perante si mesmo.

Todo instituto jurídico está sujeito à relatividade histórica. Numa visão sistêmica, Günther TEUBNER coloca três níveis para a formação do que chama de sistema contratual⁵⁸:

⁵⁵ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas abusivas nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro; Forense, 1995. p. 73 apud MATTIETTO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 172.

⁵⁶ NEUER, Jörg. O *Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organização). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 254.

⁵⁷ NEUER, Jörg. *Op. cit.*, p. 254.

⁵⁸ TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 236 apud MATTIETTO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 172.

- a) nível de interação: relações pessoais entre as partes contratantes;
- b) nível institucional: do mercado e da organização, indo além do contrato individual; e
- c) nível social: da inter-relação entre os grandes subsistemas sociais, como política, economia e direito.

Não há hierarquia entre os referidos níveis, que implicam modos distintos de desenvolvimento do sistema, encontrando no contrato um ponto comum entre si. Pois vejamos.

O primeiro plano refere-se à complementaridade das normas contratuais por meio de um conjunto de expectativas informais. Sua origem não se encontra explícita nas declarações de vontade das partes, mas também não são derivadas de uma interpretação das normas jurídicas estatais.

O segundo plano trata da conexão com o mercado, nele os contratos estão integrados num contexto institucional, e as obrigações contratuais devem adaptar-se a essas estruturas, ora impondo obrigações adicionais, ora limitando direitos (cláusulas gerais).

No último plano, fala-se que o consenso entre as partes não pode ser a única determinante da ordem contratual, sendo observada por meio da inclusão de cláusulas gerais nos contratos⁵⁹.

Sobre o tema, expõe Leonardo MATTIETTO:

(...) a cláusula geral pode ser vista como uma regra de conflitos, como quadro de referência quer para a resolução de conflitos ou colisões em qualquer desses 3 níveis de formação sistêmica, quer para a respectiva sincronização jurídica⁶⁰.

Vale a ressalva de Rogério Ferraz DONNINI de que “continua a existir o princípio da autonomia privada, indispensável para a realização de uma avença”, contudo “há limites impostos em lei a essa liberdade contratual, consistentes na função social do contrato e no princípio da boa-fé objetiva, considerados cláusulas gerais”⁶¹.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Ibid.*, p. 173.

⁶¹ DONNINI, Rogério Ferraz. *Op. cit.*, p. 34.



Nesse particular, é importante destacar que essas cláusulas gerais impõem ao magistrado apenas critérios para valorar certo fato, os quais são facilmente reconhecidos por estarem ligados a normas cogentes atinentes a boa-fé, bons costumes, concepção social do contrato etc. É certo que esses valores estão diretamente vinculados a um dado momento histórico. Basta conferir que os valores éticos previstos no Código Civil de 2002 dizem respeito ao momento histórico atual, visto que no Código Civil de 1916 a preocupação do legislador estava atrelada à circulação de riquezas e à segurança dos negócios jurídicos, e não ao comprometimento e à busca do aspecto ético nas relações jurídicas⁶².

Leciona Rogério Ferraz DONNINI:

Na realidade, num mundo em que cada vez mais nos deparamos com a rapidez com que os fatos surgem e reclamam uma solução também célere do direito, o que se vê é um sistema legislativo incapaz de regular essa vasta gama de fatos que devem ser normatizados. Esse fenômeno, aliás, transcende nossas fronteiras e representa uma questão de difícil solução em todo o mundo. Destarte, as cláusulas gerais têm esse importante papel de tornar o sistema jurídico atualizado, para que possa responder eficazmente aos reclamos da sociedade.

Nesse novo sistema aberto de cláusulas gerais, o que se pretende é cada vez mais aproximar o direito da moral, uma vez que aquele separado desta perde a razão de ser. Com isso, o que se procura é justamente evitar que o direito, mesmo dissociado da moral, continue a ter império, validade e eficácia.⁶³

Se nas grandes codificações do século XIX, o contrato configura a própria expressão da autonomia privada, servindo de instrumento eficaz da expansão capitalista, a intervenção do Estado nas relações econômicas diminui a autonomia privada e influencia a evolução da teoria contratual, fazendo com que os contratos passem por uma transformação de modo a atender novas realidades e desafios vividos pela sociedade.

Segundo Georges RIPERT, “o contrato já não é ordem estável, mas eterno vir a ser”⁶⁴. Antes o que era acordado tinha força obrigatória entre

⁶² *Ibid.*, pp. 116/117.

⁶³ *Ibid.*, pp. 117.

⁶⁴ RIPERT, Georges. *O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937. pp. 11

as partes, garantindo a intangibilidade dos contratos. Com a evolução da ordem jurídica e mudança na relação entre os contratantes, surgem limites e os contratantes já não podem definir sozinhos o conteúdo do contrato, que pode sofrer intervenção do legislador e submeter-se à revisão pelo Judiciário. A autonomia privada é relativizada para que haja uma justiça substancial, com a confiança assumindo papel de destaque na relação contratual.

Com essa nova teoria dos contratos, que visa a assegurar o equilíbrio entre as partes na relação contratual, são vedadas cláusulas abusivas diante da adoção de novos paradigmas interpretativos.

O contrato, além de passar a ser regido pelo paradigma da confiança, assume uma função social, ao contrário do que era discutido no século XIX (acordo de vontades, averiguação da conformidade entre a vontade e declaração e vícios do consentimento). Deixa de ser apenas instrumento de realização da autonomia privada, com a superação da concepção tradicional de que interessa apenas aos contratantes, pois seu objeto vai além daquilo expressamente previsto no instrumento contratual, em virtude do comportamento das partes e das obrigações derivadas da lei e dos princípios gerais do Direito, relevantes para toda a sociedade.

A boa-fé objetiva também apresenta papel importante nessa concepção. Sendo esta entendida como fundamento unitário das obrigações, por meio dela pede-se “a transparência do contrato desde a sua oferta, constrói-se o dever de informar, veda-se a abusividade de modo geral e se afirma o dever de cooperação entre as partes”⁶⁵, conforme lição de Leonardo MATTIETTO, que, citando João Batista VILLELA, acrescenta:

A concepção individualista do direito privado estava toda ela assentada na idéia de concorrência. O contrato era mesmo apresentado como o equilíbrio momentâneo de forças antagônicas mas hoje o direito privado se esforça por se organizar em novas bases. As prerrogativas individuais se mesclam de objetivos da comunidade, a pessoa substitui o indivíduo e a colaboração

e 17 *apud* MATTIETTO, Leonardo. *Op. cit.*, p.175.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 180.

se desenvolve onde antes florescia, desembaraçada e forte a concorrência⁶⁶.

Eis a evolução pela qual o direito civil (e, por conseguinte, o direito obrigacional) passa por um processo de constitucionalização, ou seja, de incorporação de valores e princípios constitucionais.

Em consonância com a relatividade histórica na qual o princípio dos efeitos relativos dos contratos passa a ser relativizado, mudanças objetivas e subjetivas passam a ser notadas no âmbito do direito contratual.

Nessa releitura do princípio dos efeitos relativos dos contratos, certas relações contratuais podem atingir (direta ou indiretamente terceiros), como ocorre na novação tácita objetiva por comportamento concludente, no recesso intencional das tratativas preliminares, na pós-eficácia contratual, no contrato com pessoa a nomear, na promessa de fato de terceiro e na aplicação do princípio da função social dos contratos.

Com a passagem do Estado liberal para o Estado social, questões da função social do contrato e da sua vinculatividade são recolocadas em discussão, para saber o que é interessante quando se busca saber quais são os valores fundamentais visados pelo ordenamento jurídico quando tutela os contratos⁶⁷.

No Brasil o tema foi introduzido no ordenamento jurídico pela Constituição de 1946 por meio da função social da propriedade. Nesse sentido, Rogério Ferraz DONNINI afirma que “a função social do contrato deriva da noção social de propriedade, em virtude do modo pelo qual se opera a transferência do domínio, ou seja, pelo contrato. Afinal, não teria sentido exigir-se um comportamento social do proprietário e outro diverso para as partes envolvidas numa relação contratual”⁶⁸.

Gustavo TEPEDINO, por seu turno, leciona que, nas codificações oitocentistas de caráter individualista, a função social não configurou como princípio, mas correspondia, em matéria contratual, “ao papel

⁶⁶ VILLELA, João Batista. *Por uma nova teoria dos contratos*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 261. p. 32 *apud* MATTIETTO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 180.

⁶⁷ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 81.

⁶⁸ DONNINI, Rogério Ferraz. *Op. cit.*, pp. 120/121.

que o contrato deveria desempenhar no fomento às trocas e à prática comercial como um todo”⁶⁹.

Acrescenta Rogério Ferraz DONNINI:

Na realidade, a função social do contrato sempre fez parte da teoria contratual. Não era utilizada porque se acreditava que ela era obtida pela mera atuação dos contratantes. Entretanto, isso não aconteceu satisfatoriamente, gerando evidentes distorções nas relações contratuais. Havia, é bem de ver, uma preocupação maior com a circulação de riquezas e com o efetivo cumprimento da obrigação, mesmo que não houvesse um comportamento ético, proporcional, razoável entre as partes contratantes.⁷⁰

Segundo Fernando NORONHA, o interesse fundamental da função social está em despertar a atenção para o fato de que a liberdade contratual não se justifica, e deve cessar, quando conduzir a iniquidades, atentatórias de valores de justiça⁷¹.

Segundo Rogério Ferraz DONNINI, no Brasil, a noção de contrato sofreu alterações em nosso país nas últimas décadas. O modelo baseado na teoria tradicional não mais atendia às relações entre contratantes, segundo a idéia de justiça contratual, pois em diversos casos o contrato era considerado válido, embora desequilibrado de modo a provocar a ruína para uns e excessiva vantagem para outros⁷².

Essa transição ficou expressa no Código Civil de 2002, em cujo art. 421 dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Sendo assim, os contratos assumem função no meio social em que estão inseridos, não podendo trazer onerosidade excessiva ou situações de injustiça às partes contratantes, de forma a garantir que a igualdade

⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social do contrato*. In: FACHIN, Luiz Edson; _____ (coordenadores). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 396.

⁷⁰ DONNINI, Rogério Ferraz. *Op. cit.*, p. 119.

⁷¹ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 82.

⁷² DONNINI, Rogério Ferraz. *Op. cit.*, pp. 32/33.



entre elas seja preservada, sendo valorizada a equidade, a razoabilidade, o bom senso, em detrimento do enriquecimento sem causa.⁷³

A função social é estabelecida a partir da relação entre o papel do contrato e a relação do instituto com as formas de organização econômico-social. Segundo Enzo ROPPO, “analogamente, se é verdade que a sua disciplina jurídica – que resulta definida pelas leis e pelas regras jurisprudenciais – corresponde instrumentalmente à realização de objectivos e interesses valorados consoante as opções políticas e, por isso mesmo, contingentes e historicamente mutáveis, daí resulta que o próprio modo de ser e de conformar do contrato como instituto jurídico não pode deixar de sofrer a influência decisiva do tipo de organização político-social a cada momento afirmada. Tudo isso se exprime através da fórmula da relatividade do contrato (como aliás de todos os institutos jurídicos): o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto económico-social em que está inserido”.⁷⁴

A função social limita a liberdade contratual referindo-se ao conteúdo negocial e às cláusulas contratuais, no entanto, o texto do Código Civil fala em liberdade de contratar, o que leva a críticas por parte da doutrina. Paulo Luiz Neto LÔBO entende que “a liberdade de contratar deve ser entendida como abrangente do conceito de autonomia privada e de liberdade contratual, para fins deste artigo”⁷⁵. Sendo assim, segundo o doutrinador, o conceito de liberdade de contratar deve ser compreendido em sentido amplo.

A matéria está também prevista no art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil:

Art. 2.035. (...)

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

⁷³ TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 240.

⁷⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 24 *apud* TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 240.

⁷⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Código Civil anotado*. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 197 *apud* TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 243.

Com efeito, a função social traz nova concepção ao instituto do contrato por meio da valorização da dignidade da pessoa humana, da busca de uma sociedade mais justa e solidária e com a busca da isonomia, princípios de Direito Civil Constitucional⁷⁶.

Flávio TARTUCE explicita que o princípio da função social apresenta dupla eficácia, no sentido interno e externo. O sentido interno está relacionado às partes contratantes; enquanto o sentido externo, para além das partes contratantes⁷⁷. Paulo NALIN utiliza as expressões função intrínseca para explicar a observância de princípios novos pelos titulares contratantes, já a função extrínseca “rompe com o aludido princípio da relatividade dos efeitos relativos do contrato”, preocupando-se com as repercussões no âmbito social, pois o contrato passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito⁷⁸. A doutrina diverge no tocante à eficácia da função social. Há quem entenda que existe somente eficácia interna, entre as partes contratantes. Outros apontam a eficácia externa, para além das partes contratantes. Outros ainda apontam a dupla-eficácia e há quem entenda que não há eficácia ao princípio da função social⁷⁹.

Gustavo TEPEDINO, ao versar sobre as posições que buscam delimitar o conteúdo e o alcance da instituto da função social cita posições distintas.

A primeira diz que a função social revela sua importância e eficácia não em si mesma mas em diversos institutos, não sendo dotada de eficácia jurídica autônoma⁸⁰. Segundo Humberto THEODORO JÚNIOR: “a lei prevê a função social do contrato mas não a disciplina sistemática ou especificamente. Cabe à doutrina e à jurisprudência pesquisar sua presença difusa dentro do ordenamento jurídico e, sobretudo, dentro dos princípios informativos da ordem econômica e social traçada pela Constituição”⁸¹.

⁷⁶ TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 244.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 245.

⁷⁸ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Paraná: Juruá, 2005. p. 226 *apud* TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 245.

⁷⁹ TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 247.

⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Notas...* p. 397.

⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.

No entanto, sua importância acaba sendo pormenorizada, uma vez que a função social se expressaria por meio de instituto já positivados, presentes de forma difusa no ordenamento, prescindindo, por isso mesmo, de eficácia jurídica autônoma. Dessa forma, o princípio constitucional da função social seria interpretado à luz da disciplina dos diversos institutos codificados⁸².

A segunda corrente afirma que a função social do contrato expressa o valor social das relações contratuais, enaltecendo a importância destas relações na ordem jurídica. Esta concepção vê na função social do contrato uma forma de reforçar a proteção do contratante mesmo em face de terceiros. Segundo Gustavo TEPEDINO, “a função social do contrato imporia aos terceiros o dever de colaborar com os contratantes, de modo a respeitar a situação jurídica creditória anteriormente constituída da qual têm conhecimento”⁸³. Dessa forma, o princípio da relatividade dos contratos seria lido e interpretado à luz do princípio da função social dos contratos. Nas palavras de Teresa NEGREIROS:

A partir de agora, o princípio da relatividade será enfocado, sempre à luz da função social do contrato, mas não mais a propósito da extensão da responsabilidade em favor de um terceiro e, sim, a propósito da responsabilidade do terceiro que contribui para o descumprimento de uma obrigação originária de um contrato do qual não seja parte.⁸⁴

Gustavo TEPEDINO adverte, todavia, que “esta concepção acaba por reduzir a função social a um instrumento a mais para a garantia da posição contratual, sem se dar conta que a função social pretende impor deveres aos contratantes e não, ao contrário, servir para ampliar os instrumentos de proteção contratual”⁸⁵.

⁹³ *apud* TEPEDINO, Gustavo. Notas... p. 397.

⁸² TEPEDINO, Gustavo. Notas... p. 397.

⁸³ *Ibid.*, p. 398.

⁸⁴ NEGREIROS, Teresa *apud* TEPEDINO, Gustavo. Notas... p. 398.

⁸⁵ TEPEDINO, Gustavo. Notas... p. 398.

TÍTULO II – A CONTRATUALIDADE NA REFORMA DO BGB

2.1 PANORAMA DA REFORMA

Com a formação da Comunidade Européia e seu conseqüente processo de integração, torna-se cada vez mais árduo conceber os países que a compõem de maneira isolada. Sucessivas diretivas surgem para ressaltar e confirmar a idéia de harmonização entre os Estados Membros, os quais vêem a necessidade de adaptar sua legislação nacional. Isso no intuito de unificar, futuramente, seus ordenamentos jurídicos.

Neste sentido, o direito comunitário aparece como importante fonte de modificação do BGB. Surgem a Diretriz da União Européia n. 1.999/44, de 25.05.1999, sobre “Determinados Aspectos da Venda de Bens de Consumo e das Garantias Sobre Bens de Consumo (”Diretrizes Sobre a Venda de Bens de Consumo”), a Diretriz n. 2.000/31, de 08.06.2000, sobre certos “Aspectos jurídicos dos Serviços da Sociedade de Informações, em Especial do Tráfico Comercial Eletrônico no Mercado Interno da União Européia (”Diretriz sobre Comércio Eletrônico”), e a Diretriz 2.000/35, de 29.06.2000, sobre o “Combate ao Atraso de Pagamento no Tráfico Comercial (”Diretriz sobre Atraso no Pagamento”), para dar suporte à futura unificação.

Com a reforma do direito das obrigações na Alemanha, completada pela *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* (“lei para modernização do direito das obrigações”) de 26.11.2001, o BGB sofreu a mais importante e abrangente modificação desde sua entrada em vigor, mais de cem anos atrás⁸⁶. Além das diretivas acima expostas, surgem, como paradigma para a reforma do direito obrigacional alemão, pré-estudos sobre a unificação do direito internacional privado, os “*Principles of European Contract Law*”, da Comissão Européia de direito contratual (Comissão Lando – 1995)⁸⁷, e os “*Principles of International Commercial Contracts*”, do Instituto Europeu UNIDROIT.

⁸⁶ NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil alemão – a reforma de 2002. In: MARQUES, Claudia Lima (coordenação). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 139.

⁸⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organização). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 226.



A doutrina procura compreender o surgimento, o impacto e as consequências da unificação dos sistemas jurídicos, destacando-se Claus-Wilhelm CANARIS, ao observar o papel da dogmática nesse sentido. Para ele é fundamental uma dogmática bem elaborada para a harmonização transnacional do Direito, sob risco de uma confusão conceitual e de contradições teleológicas⁸⁸.

Claus-Wilhelm CANARIS ressalta ainda a constitucionalização do direito privado como paradigma jurídico da unificação que certamente ocorrerá. A influência da Constituição sobre o Direito Privado constitui-se numa tendência cada vez mais fortalecida em muitos países, o que acarreta num exercício comparatista entre diferentes perspectivas. A relação entre os direitos fundamentais e o Direito Privado assume papel relevante, uma vez que os direitos fundamentais integram a Constituição e, por conseguinte, devem exercer influência sobre o Direito Privado, haja vista seu grau mais elevado na hierarquia das normas. No entanto, a função de regular as relações entre pessoas físicas e jurídicas cabe ao Direito Privado que, por seu turno, desenvolveu certa autonomia com relação à Constituição. A tensão consiste entre o grau hierárquico mais elevado da Constituição, por um lado, e a autonomia do Direito Privado, por outro.

Ao recorrer aos direitos fundamentais, propõe-se questões específicas de direito privado, que, provavelmente, se assemelham na maioria dos ordenamentos jurídicos. No entanto, a solução das questões tem seu perfil definido pelas especificidades do direito nacional, podendo, portanto, ser muito distintas. Neste sentido apresentam-se, na visão de CANARIS, as possibilidades e os limites de uma harmonização do pensamento jurídico europeu. Com essa finalidade haverá, por um lado, um empenho na elaboração de princípios fundamentais comuns, por outro lado, por representarem a expressão cultural dos países e da identidade dos diferentes ordenamentos jurídicos, não deveriam ser niveladas todas as especificidades nacionais.

2.2 A REFORMA E A INCLUSÃO DO § 311 (3)

A atribuição de caráter dispositivo a grande parte das normas do direito dos contratos foi o mecanismo de conciliação encontrado para

⁸⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 226.

o alcance de uma adequada harmonização entre a ordem autônoma dos contratos e a ordem geral das relações interprivadas⁸⁹. A reforma do direito das obrigações tedesco assume importância, nesse particular, ao codificar novas figuras de direito obrigacional que passam a permear as relações contratuais.

Em 1978 foram iniciadas as discussões atinentes à reforma do direito das obrigações na Alemanha. Foi instaurada uma Comissão cujo relatório final foi apresentado em 1992. Posteriormente, houve um longo período de inatividade. Somente com as obrigações oriundas da Comunidade Européia foram retomadas as discussões sobre uma possível reforma.

As diretivas da Comunidade Européia ocasionaram questionamentos sobre possíveis caminhos para realizar a mudança. Um deles seria apenas transformar as diretrizes em direito nacional (*kleine Lösung* ou solução pequena). A alternativa seria combinar as mudanças trazidas pelo direito comunitário com o projeto de reforma elaborado anteriormente, integrando, ainda, várias leis satélites do BGB, alcançando desta maneira uma reforma abrangente do direito das obrigações.

Durante as discussões da Comissão foi levantada a necessidade de pesquisar as decisões da Corte Federal alemã (*Bundesgerichtshof*) e inserir também o posicionamento jurisprudencial na reforma.

Cláudia Lima MARQUES, citando Carl Friedrich NORDMEIER, assim expõe o tema:

Isso contradizia a idéia de um *Codex* que deve responder sozinho aos problemas jurídicos para trazer mais segurança e clareza ao aplicador do direito e, desta maneira, para todos os cidadãos. Assim, pretendeu-se codificar as figuras jurídicas mais importantes desenvolvidas pela jurisprudência para aproximar, novamente, o texto da lei ao direito praticado na realidade.⁹⁰

Partindo da premissa da inserção na reforma de figuras jurídicas derivadas da construção jurisprudencial, emergiram novos questionamentos quanto às questões a serem codificadas e se a codificação delas traria realmente uma maior segurança jurídica.

⁸⁹ Ribeiro 223

⁹⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 144.



Na visão de PERLINGIERI, no tocante a teoria dos contratos:

... a parte geral do contrato deve ser integrada não somente com a disciplina dos contratos típicos, mas também com a disciplina das obrigações e, especialmente, com toda a vastíssima legislação e jurisprudência comunitárias. Isto impõe reconstruir a teoria dos contratos à luz deste sistema articulado e complexo de hierarquia das fontes, no qual o princípio da proporcionalidade assume um papel importante.⁹¹

A reforma consistiu em alterações sobre assuntos como o direito referente à prescrição e à decadência, o direito atinente aos distúrbios das prestações, o direito de compra e venda e empreitada, bem como a integração de matérias especialmente do âmbito da proteção jurídica contratual do consumidor, que se encontravam reguladas em legislação extravagante.

Da mesma forma, a recepção quase integral da Lei sobre Cláusulas Gerais Negociais levou a uma ampliação no âmbito de aplicação das regras de condições gerais negociais (inovações quanto ao seu conteúdo). Essas condições passaram a ser aplicadas ilimitadamente aos contratos de seguro e limitadamente ao direito individual do trabalho (§ 310, alínea 4 BGB), além da limitação das regras de exceção para as comunicações postais e telefônicas e na adoção do mandamento de transparência na cláusula geral do controle de conteúdo (§ 307, alínea 1, frase 2 BGB) e, além disso, na eliminação da possibilidade de limitação da responsabilidade por danos corporais (§ 309, n. 7, letra a BGB) aos casos de culpa grave⁹².

No tocante ao direito referente aos distúrbios nas prestações, houve alteração sistemática. Com a reforma, os distúrbios nas prestações regulados na parte especial do BGB devem derivar da parte geral do direito das obrigações e a ela se estruturar, passando o conceito de “violação de um dever” como fato jurídico central do direito referente ao distúrbio nas prestações⁹³.

⁹¹ PERLINGIERI. *Op. cit.* 418.

⁹² BARRETO, Wanderlei de Paula. *A recente reforma alemã e o direito das obrigações*. In: Conferência proferida no III Congresso Nacional de Direito Civil. Curitiba, 16 set. 2005.

⁹³ *Id.*

A impossibilidade de cumprimento torna-se causa de exoneração do dever primário de prestação, não levando em consideração o momento do surgimento da impossibilidade ou de culpa do devedor pela impossibilidade, independente do seu caráter objetivo ou subjetivo. Os efeitos da impossibilidade objetiva foram pontos de divergência entre a “Comissão do Direito Referente aos Distúrbios na Prestação” e a “Comissão de Discussão do Projeto”. A impossibilidade deve conduzir a uma exoneração *ex lege* e não depende de argüição de exceção. Essa visão, defendida pela Comissão do Direito Referente aos Distúrbios na Prestação, distanciou a nova versão da norma anterior que previa, em caso de impossibilidade objetiva originária, a nulidade do contrato. A máxima *impossibilium nulla est obligatio* passou a ter, no direito alemão, aplicação somente à questão do dever primário de prestação. Se a impossibilidade resultar de culpa do devedor pode haver indenizações substitutivas da prestação primária⁹⁴.

No caso de impossibilidade objetiva originária conhecida previamente pelo devedor, há violação positiva do contrato, isto é, de deveres acessórios do pacto, e violação da boa-fé objetiva recepcionada no § 241, alínea 2, BGB⁹⁵.

Segundo a norma do § 276, BGB⁹⁶, no caso de impossibilidade subjetiva (originária ou superveniente), a culpa do devedor deverá ser analisada.

O destino do dever de contraprestação em contratos sinalagmáticos passou a ser regulado no § 326 BGB, em correspondência com os antigos §§ 323 ss. BGB.

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ BGB § 241 Deveres Derivados da Relação Obrigacional

“(1) Por força da relação obrigacional, o credor é autorizado a exigir do devedor uma prestação. A prestação pode consistir, também, em uma abstenção.

(2) A relação obrigacional pode obrigar, de acordo com o seu conteúdo, cada uma das partes, a levar em consideração os direitos, os bens jurídicos e os interesses da outra parte.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

⁹⁶ BGB § 276 Responsabilidade do devedor

“O devedor responde por dolo e negligência, quando uma responsabilidade mais rigorosa ou mais amena não se encontrar estabelecida e tampouco puder ser inferida, de resto, do conteúdo da relação jurídica, especialmente da assunção de uma garantia ou do risco da obtenção do objeto da prestação.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).



A violação de deveres emergentes de uma relação obrigacional tem seu fundamento legal central no § 280 BGB⁹⁷.

A culpa do devedor é tida como presumida e é fundamento para a sua responsabilidade.

No § 286 BGB o legislador estabeleceu premissas para a indenização fundada na mora do devedor⁹⁸.

A responsabilidade pelos danos que o credor sofreu por ter confiado na eficácia/manutenção do contrato (responsabilidade pelo interesse positivo) também sofre alteração com a reforma. O antigo § 307 BGB, que só permitia pretensão ao interesse negativo (descumprimento da obrigação), foi substituído pelo novo § 311 a, alínea 2 BGB⁹⁹ (também no caso de impossibilidade objetiva originária).

⁹⁷ BGB § 280 *Indenização devida a violação de dever*

“(1) Se o devedor violar dever emergente de uma relação obrigacional, poderá o credor exigir indenização dos danos daí decorrentes. Isto não se aplica, se ao devedor não puder ser imputada culpa.

(2) Indenização fundada em mora na prestação o credor poderá exigir somente sob as premissas adicionais do § 286.

(3) Indenização em substituição à prestação (= equivalente) pode o credor exigir somente sob as premissas adicionais do § 281, do § 282 ou do § 283.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

⁹⁸ BGB § 286 *Mora do devedor*

“(1) Se o devedor, devidamente notificado após o vencimento da obrigação, não efetuar a prestação, incidirá ele em mora por meio da notificação. Equivalem à notificação o ajuizamento da ação referente à prestação bem como a entrega de uma notificação judicial.

(2) Não há necessidade de notificação, se

1. for fixado um prazo de acordo com o calendário para a prestação,
2. ficar estabelecido que um acontecimento deverá anteceder a prestação e for fixado um prazo para esta, de tal forma que se possa contar o prazo a partir daquele evento de acordo com o calendário,
3. o devedor recusar-se seria e definitivamente a prestar,
4. o início imediato da mora se justificar por motivos especiais e mediante o sopesamento dos interesses de ambas as partes.

(3) O devedor de uma remuneração incide em mora, o mais tardar, 30 dias após o vencimento e recebimento da conta ou solicitação equivalente de pagamento; isto vale em relação a um devedor consumidor somente quando na conta ou solicitação equivalente de pagamento constar a advertência especial sobre estas consequências. Quando o momento do recebimento da conta ou da solicitação equivalente de pagamento for incerto, o devedor não consumidor somente incide em mora 30 dias após o vencimento e recebimento da contraprestação.

(4) O devedor não incorre em mora, desde que a prestação não se realize em razão de uma circunstância a ele não imputável.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

⁹⁹ BGB § 311 a *Obstáculo à prestação existente no momento da contratação*

“(1) Não se opõe à eficácia de um contrato o fato de que o devedor, de acordo com o § 275, alíneas 1 a 3, não esteja obrigado a prestar e de que o obstáculo à prestação já exista ao tempo da contratação.

(2) O credor está autorizado, à sua escolha, a exigir indenização em substituição à prestação (= equivalente) ou indenização dos seus gastos no montante fixado no § 284. Isto não se aplica, se o devedor não conhecia o obstáculo à prestação e tampouco lhe podia ser imputada culpa pelo seu desconhecimento. Incide, no que couber, o § 281, alínea 1, frases 2 e 3, e alínea 5.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

A dispensa do requisito da culpa do devedor foi a inovação trazida quanto ao direito de arrependimento ou retrato com o novo § 323 BGB, nos casos de descumprimento total ou de cumprimento defeituoso da obrigação, inclusive nas hipóteses de redibição¹⁰⁰. Ao contrário do que era anteriormente estabelecido o § 325 BGB admite uma combinação de resolução/retrato com indenização em substituição à prestação (= equivalente)¹⁰¹.

As regras atinentes ao direito de arrependimento/retrato foram reestruturadas e simplificadas (§§ 346 ss. BGB), tornando-se aplicáveis tanto aos casos de arrependimento criado por força de lei quanto aos casos de direito convencional de arrependimento. A ampliação da incidência do direito de arrependimento, bem como diversas normas que prevêm uma retroliquidação (retorno ao *status quo ante*) remetem aos §§ 349¹⁰²

¹⁰⁰ BGB § 323 *Resolução/Retrato em razão de prestação não realizada ou não realizada conforme devida*

“(1) Desde que o devedor não realize a prestação ou não a realize conforme devida, pode o credor resolver-se/retratar o contrato, se este tiver fixado, sem êxito, prazo adequado ao devedor para a prestação ou para a sua complementação.

(2) A fixação do prazo é prescindível, quando

1. o devedor recusar-se seria e definitivamente a prestar,

2. o devedor não realizou a prestação em um prazo fixado no contrato ou em um prazo razoável e o credor vinculou no contrato a continuidade do seu interesse na prestação à sua pontualidade, ou 3. circunstâncias especiais existirem que, mediante o sopesamento dos interesses de ambas as partes, justifiquem a imediata arrependimento/retrato.

(3) Se não for o caso de fixação de um prazo, considerando-se a espécie da violação do devedor, entra em lugar daquela, então, uma notificação.

(4) O credor pode resolver-se/retratar o contrato já antes do vencimento da prestação, quando for notório que as premissas da resolução/retrato ocorrerão.

(5) Se o devedor cumprir a prestação parcialmente, o credor somente poderá resolver-se/retratar o contrato integralmente se não lhe interessar o cumprimento parcial. Se o devedor não tiver cumprido a prestação conforme devida, o credor não poderá resolver-se/retratar o contrato, se a violação do dever for insignificante.

(6) A resolução/retrato fica excluída, quando o credor for responsável sozinho ou largamente predominantemente responsável pela circunstância que o autoriza resolver-se/retratar o contrato ou quando a circunstância, cuja culpa não possa ser atribuída ao devedor, se verifique em um momento no qual o credor se encontra em mora no recebimento da prestação.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

¹⁰¹ BGB § 325 *Indenização e resolução/retrato*

“O direito de exigir indenização, no caso de um contrato bilateral, não é excluído por meio do resolução/retrato.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

¹⁰² BGB § 349 *Declaração de Arrependimento*

“O arrependimento ocorre por meio de declaração à outra parte.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

BGB § 350 *Extinção de Direito de Arrependimento Após Fixação de Prazo*

“Se não foi ajustado prazo para o exercício do direito de arrependimento, pode ser fixado ao titular do direito pela outra parte um prazo adequado para o respectivo exercício. O direito de arrependimento se extingue se o arrependimento não for declarado antes do decurso do prazo fixado.” (tradução por Wanderlei



ss. sobre o direito de retrato, contribuindo para conferir a estas regras papel de centralidade no tocante às normas de recomposição ao *status quo ante* das relações obrigacionais (juntamente com as normas sobre enriquecimento ilícito)¹⁰³.

O legislador preocupou-se também da codificação de institutos jurídicos derivados de construção jurisprudencial.

Assim preceitua Wanderlei de Paula BARRETO:

No direito alemão a Constituição faculta a cada pessoa a invocação do Tribunal Constitucional Federal por “ter sido violado em um dos seus direitos fundamentais pelo Poder Público”, por meio de uma “recurso constitucional”. Poder Público é considerado, nesse sentido, como os tribunais cíveis, sendo possível recorrer ao tribunal Constitucional Federal contra qualquer sentença de tribunal cível de última instância, isto é, sobretudo do Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*). Essa possibilidade, porém, não existe em muitos outros países, o que resulta em dificuldades quando se pensa na harmonização.

Por meio do fundamento legal central da “Violação de Dever” do § 280, alínea 1, bem como da positivação dos deveres acessórios da relação obrigacional do § 241, alínea 2 BGB¹⁰⁴, as chamadas “Violações Positivas do Crédito” passaram a ter uma insólita consolidação legal, na medida em que a norma do

de Paula Barreto, *op. cit.*).

BGB § 351 *Indivisibilidade do Direito de Arrependimento*

“Se diversas pessoas participarem de um lado ou de outro contrato, o direito de arrependimento somente poderá ser exercido por todos e contra todos. Extinguindo-se o direito de arrependimento para um dos titulares, extingue-se ele também para os demais.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

BGB § 352 *Compensação Após Inadimplemento*

“O arrependimento em razão de inadimplemento será ineficaz, se o devedor pôde se exonerar da obrigação por meio de compensação e imediatamente após o arrependimento argüir a compensação.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

¹⁰³ BARRETO, Wanderlei de Paula. *Op. cit.*

¹⁰⁴ BGB § 241 *Deveres Derivados da Relação Obrigacional*

“(1) Por força da relação obrigacional, o credor é autorizado a exigir do devedor uma prestação. A prestação pode consistir, também, em uma abstenção.

(2) A relação obrigacional pode obrigar, de acordo com o seu conteúdo, cada uma das partes, a levar em consideração os direitos, os bens jurídicos e os interesses da outra parte.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

§ 311¹⁰⁵, alínea 3, subvertendo o princípio da força relativa dos contratos, elasteceu o rol dos obrigados para incluir “pessoas que não deverão elas próprias ser contratantes”, instituindo uma verdadeira “transpersonalização dos deveres obrigacionais”, se nos for reconhecida a vênua para sugerir a denominação deste fenômeno normativo.¹⁰⁶

Vale ressaltar que, por conta da integração econômica da União Européia, o direito obrigacional alemão, tal qual se encontra hoje, sofrerá alterações nos próximos anos devido à unificação do direito privado prevista pela integração dos Estados-Membros, e o futuro do direito privado unificado certamente será norteado em vários aspectos pela dogmática do direito alemão das obrigações.

2.3 JURISPRUDÊNCIA: ANOTAÇÕES DE ALGUNS ASPECTOS RELEVANTES APÓS 2002

Como anteriormente citado, o legislador baseou-se em decisões da Corte Federal alemã (*Bundesgerichtshof*) e as codificou.

A jurisprudência alemã passou a abordar em suas decisões a relatividade do princípio dos efeitos relativos dos contratos, por meio da qual o contrato passa a atingir pessoas que não necessariamente são partes contratuais, mas que de alguma forma influenciaram diretamente na conclusão contratual ou sofreram influência direta pelo contrato concluído. Nesse contexto, § 311 (3) foi inserido no texto do BGB, conferindo ao direito das obrigações, como anteriormente citado por

¹⁰⁵ BGB § 311 *Relações Obrigacionais Negociais e Relações Assemelhadas a Relações Negociais*

“(1) Contanto que a lei não estabeleça o contrário, para a constituição de uma relação obrigacional por meio de negócio jurídico, bem como para a modificação do conteúdo de uma relação jurídica é necessário um contrato entre os partícipes.

(2) Uma relação jurídica com deveres consoante o § 241, alínea 2 nasce por meio

1. da entabulação de negociações contratuais,

2. do encaminhamento de um contrato, no qual uma das partes, com vistas a uma possível relação negocial, concede à outra a possibilidade de concretização dos seus direitos, bens jurídicos ou interesses ou confia a ela tal concretização, ou

3. de semelhantes contatos negociais.

(3) Uma relação jurídica com deveres consoante o § 241, alínea 2 pode nascer também para pessoas que não deverão ser elas próprias partes contratantes. Uma tal relação obrigacional nasce, especialmente, quando o terceiro reivindica para si confiança, de forma intensa e, por meio disso, influencia substancialmente as tratativas ou a conclusão contratuais.” (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, *op. cit.*).

¹⁰⁶ BARRETO, Wanderlei de Paula. *Op. cit.*



Wanderlei de Paula BARRETO¹⁰⁷, uma verdadeira “transpersonalização dos deveres obrigacionais”:

311 Relações Obrigacionais Negociais e Relações Assemelhadas a Relações Negociais

(3) Uma relação jurídica com deveres consoante o § 241, alínea 2 pode nascer também para pessoas que não deverão ser elas próprias partes contratantes. Uma tal relação obrigacional nasce, especialmente, quando o terceiro reivindica para si confiança, de forma intensa e, por meio disso, influencia substancialmente as tratativas ou a conclusão contratuais.

Há um longo caminho a ser percorrido no tocante à efetivação da relatividade dos efeitos relativos por meio do § 311 (3). A jurisprudência tedesca aponta uma gradativa inserção do referido parágrafo em suas fundamentações de decisões.

A importância da jurisprudência nesse sentido faz-se não somente em efetivar a relatividade dos efeitos relativos obrigacionais, mas também em limitar a própria relativização. Nesse sentido, buscou-se no *Bundesgerichtshof* (BGH), por meio de pesquisa jurisprudencial, decisões fundamentadas pelo § 311 (3), após a entrada em vigor da reforma do direito obrigacional alemão.

Em decisão proferida no dia 13 de fevereiro de 2007, o *Bundesgerichtshof* entendeu oportuna a revisão do processo IX ZR 62/02 (*OLG Frankfurt am Main*). Na fundamentação argumentou que o Tribunal de Recursos (*Berufungsgericht*) “não atentou adequadamente para a limitação da responsabilidade do consultor jurídico na violação do dever, segundo a função da confiança”. Também entendeu ficar em aberto, se no caso concreto entre Dr. K. e a acusada ocorre uma forma de ‘contrato concluído tacitamente para suprir informação’ (*Auskunftsvertrag*) por um comportamento coerente (*schlüssiges Verhalten*)¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Vide p. 58, nota 194.

¹⁰⁸ “Demgegenüber rügt die Revision mit Recht, daß das Berufungsgericht die Begrenzung der Rechtsberaterhaftung nach dem Schutzzweck der verletzten Pflicht nicht hinreichend beachtet habe. Dabei kann offen bleiben, ob im Streitfall zwischen Dr. K. und der Beklagten durch schlüssiges Verhalten ein Auskunftsvertrag zustande gekommen ist (vgl. dazu allgemein Zugehör NJW 2000, 1601, 1606 m.w.N.)” (tradução livre).

Nesse sentido decidiu:

A acusada por meio do seu administrador, que agia em seu nome e que conhecia Dr. K pessoalmente, usufruía da confiança desse e influenciou de forma considerável a tomada de decisão em formar a sociedade (*stillen Gesellschaft*) entre os autores e a proprietária (SI). Conclui-se que desta maneira, no mínimo existiu uma relação pré-contratual (*vorvertragliches Schuldverhältnis*) com os autores (cf. atual § 311 Abs. 3 BGB). Pois com suas declarações ela criou a motivação para a decisão do investimento na concepção/idéia dos autores¹⁰⁹.

Em outra decisão do BGH (IX ZB 57/06-OLG Celle LG Hannover) há citação do § 311 (3) referindo-se a que situação um terceiro pode ser responsabilizado:

(...) uma pessoa, que não é parte do contrato, especialmente, quando o terceiro reivindica para si confiança, de forma intensa e, por meio disso, influencia substancialmente as tratativas ou a conclusão contratuais (§ 311 Abs. 3 BGB). Neste caso a responsabilidade de terceiro é semelhante a do administrador da massa falida, haja vista que a massa não disporia de recursos suficientes para quitar todas as suas obrigações. Mesmo que sua obrigação não seja a mesma da massa, ele é responsabilizado pela conclusão contratual, que segundo uma conduta condizente com sua função não deveria ter sido realizada (...).¹¹⁰

Merece destaque o exemplo citado na referida decisão, do administrador da massa falida que atua como parceiro das negociações

¹⁰⁹ "Die Beklagte hat durch ihren Geschäftsführer, der für sie handelte und Dr. K. persönlich bekannt war, im besonderen Maße Vertrauen für sich in Anspruch genommen und dabei die Eingehung der stillen Gesellschaft zwischen den Klägern und der Inhaberin erheblich beeinflusst, so daß zumindest ein vorvertragliches Schuldverhältnis zu den Klägern bestanden. Denn sie hat mit ihren Erklärungen den Beweggrund für die Anlageentscheidung in der Vorstellung der Kläger geschaffen" (tradução livre).

¹¹⁰ "Entsprechendes wird man auch für den Fall annehmen müssen, dass eine Person, die nicht selbst Vertragspartei werden soll, in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst (§ 311 Abs. 3 BGB). Mit diesen Fällen der Dritthaftung ist diejenige des Insolvenzverwalters, der eine absehbar unerfüllbare Masseverbindlichkeit begründet, vergleichbar. Auch wenn er nicht dasselbe schuldet wie die Masse, haftet er dem Arbeitnehmer wegen des Vertragsabschlusses, den er bei pflichtgemäßem Verhalten hätte unterlassen müssen, an deren Stelle" (tradução livre).



e parceiro contratual da parte, que quer fechar negócio com a massa. O administrador, cujas ações afetam um patrimônio alheio (da massa falida) é responsabilizado pessoalmente se, ultrapassando ou até afrontando as próprias responsabilidades, gerar uma situação de confiança que influencie a conclusão do negócio.

As decisões que tratam da relatividade do princípio dos efeitos relativos no tocante à relação contratual e ao representante, intermediário, negociador, mediador ou administrador, esclarecem qual deve ser a função exercida pelo terceiro para que a relatividade possa ser evidenciada.

No processo IX ZR 114/01 (OLG Karlsruhe)¹¹¹, o BGH (*Bundesgerichtshof*) decidiu que a responsabilidade como obrigação por conclusão contratual (atual § 311 Abs. 3) pode também recair, excepcionalmente, se apresentadas determinadas condições, sobre um terceiro, que não precisa ser propriamente parte no contrato, mas que participa nas relações contratuais como representante (*Vertreter*), intermediário, negociador, mediador (*Vermittler*) ou procurador (*Sachwalter*).

Nesse particular, o acórdão salienta a figura do administrador como aquele que não sendo parte contratual ou cujo representante, ao lado da parte contratual, participa influentemente na conclusão do contrato (*Zustandekommen des Vertrages*) e oferece, além da confiança corriqueira que se espera em qualquer negociação, uma garantia adicional e pessoal para continuação e conformidade da expectativa do negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*).

¹¹¹ “Die Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß (jetzt: § 311 Abs. 3 BGB) kann unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise auch einen Dritten treffen, der selbst nicht Vertragspartei werden soll, der an den Vertragsverhandlungen aber als Vertreter, Vermittler oder Sachwalter einer Partei beteiligt ist. Sachwalter in diesem Sinne ist, wer, ohne Vertragspartner oder dessen Vertreter zu sein, auf der Seite eines Vertragspartners an dem Zustandekommen des Vertrages beteiligt ist und dabei über das normale Verhandlungsvertrauen hinaus der anderen Vertragspartei eine zusätzliche, gerade von ihm persönlich ausgehende Gewähr für Bestand und Erfüllung des in Aussicht genommenen Rechtsgeschäfts bietet. Gleiches gilt, wenn der Dritte wegen eines eigenen unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses dem Verhandlungsgegenstand besonders nahe steht, also wirtschaftlich betrachtet gleichsam in eigener Sache verhandelt (BGHZ 56, 81, 84 f; 63, 382, 384 f; 126, 181, 183 ff; 129, 136, 170; BGH, Urt. v. 3. April 1990 - XI ZR 206/88, NJW 1990, 1907, 1908; v. 29. Januar 1997 - VIII ZR 356/95, NJW 1997, 1233). Der Konkursverwalter handelt mit Wirkung für ein fremdes Vermögen, nämlich die Masse. Als Verhandlungs- und Vertragspartner einer Partei, die mit der Konkursmasse Geschäfte abschließen will, haftet er nur dann persönlich, wenn er eigene Pflichten ausdrücklich übernommen oder einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, an dem er sich festhalten lassen muß (BGHZ 100, 346, 351 f; BGH, Urt. v. 12. Oktober 1989 - IX ZR 245/88, WM 1989, 1904, 1908; Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetz 17. Aufl. § 82 KO Anm. 1c)” (tradução livre).

Essas decisões representam a consolidação da reforma do direito obrigacional alemão, no pertinente à superação do modelo formal de contrato no tocante à relativização do princípio dos efeitos relativos dos contratos, cujas tendências podem ser esperadas também no direito obrigacional brasileiro.

CONCLUSÕES

Em síntese, é possível salientar os seguintes aspectos da seara escolhida e do exame levado a efeito:

1) Releitura da autonomia privada:

Os princípios norteadores da teoria contratual passam por processos de releituras ao longo do tempo que os adequam ao contexto histórico e social no qual os contratos estão inseridos.

A teoria formal dos contratos teve como regentes os princípios da autonomia privada e da vinculatividade do pactuado. No entanto, com o decorrer do tempo, a autonomia privada passou a representar abusos e, por esse motivo, sofrer limitações.

Se no século XIX o contrato servia de instrumento eficaz da expansão capitalista, a intervenção do Estado nas relações econômicas passou a influenciar a teoria contratual e restringir a autonomia privada, submetendo os contratos a uma transformação para atenderem novas realidades e desafios vividos pela sociedade.

Isso não significa, contudo, a supressão do princípio da autonomia privada, que sempre foi, é e sempre será indispensável para a existência, validade e eficácia dos contratos, mas, sim, uma limitação e relativização à liberdade contratual, em consonância, sobretudo, com a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva. Ou seja, atingiu-se apenas a liberdade dos contratantes de disposição quanto ao conteúdo do contrato (liberdade contratual) e não a própria liberdade deles de firmar a avença (liberdade de contratar).

2) Justiça contratual:

Com isso, a manifestação do contrato não é mais vista sob a perspectiva somente das partes contratantes, mas de todo o ambiente e contexto



sociais no qual está inserido, passando a exercer uma função social em prol da justiça contratual. O contrato deixa de ser apenas instrumento de realização de interesses pessoais, pois seu alcance vai além destes, em decorrência das obrigações derivadas da lei e dos princípios gerais do Direito, relevantes a toda a sociedade e prevalecentes sobre o princípio *pacta sunt servanda*.

3) A codificação alemã do § 311 (3):

Esses avanços podem ser notados na evolução da legislação, doutrina e também da jurisprudência. Nesse aspecto merece destaque o progresso no direito alemão, notadamente influente no direito brasileiro. Fato notório foi a codificação da relatividade do princípio dos efeitos relativos dos contratos, com a inserção do § 311 (3) no texto do Código Civil alemão (BGB) em 2002.

4) Alcance das decisões fundamentadas no § 311 (3)

Isso decorreu da construção jurisprudencial alemã, que já abordava em suas decisões a relatividade do princípio dos efeitos relativos dos contratos, ao decidir que o contrato pode, em determinadas situações, atingir pessoas que não necessariamente são partes contratuais, mas que de alguma forma influenciam diretamente na conclusão do negócio ou sofrem influência direta decorrente da avença.

Noutro lance, recentes decisões, sobretudo aquelas mencionadas neste trabalho, consolidam a reforma do direito obrigacional alemão e a superação do modelo formal de contrato no tocante à relativização do princípio dos efeitos relativos dos contratos. O princípio da confiança, bem como as diversas formas de declaração vão além da vinculação entre as partes contratantes. Esse é o contexto no qual as decisões apresentadas neste trabalho estão inseridas. Contudo, não se pode olvidar que a própria jurisprudência exerce importante papel de também limitar a aplicação do dispositivo codificado.

5) Perspectivas:

Considerando a evolução da teoria contratual, sempre influenciada pelo direito obrigacional alemão, referidas decisões da *Bundesgerichtshof* sinalizam a possível tendência também no direito obrigacional brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Heloisa Helena. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. II.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente à contratação positivada no Código do Consumidor, sob a perspectiva civil constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo (coordenador). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARRETO, Wanderlei de Paula. *A recente reforma alemã e o direito das obrigações*. In: Conferência proferida no III Congresso Nacional de Direito Civil. Curitiba, 16 set. 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *A atual teoria geral dos contratos*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 811, 22 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7267>>. Acesso em: 07 jul. 2008

CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organização). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Dogmática de direitos fundamentais e direito privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organização). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CATALAN, Marcos Jorge. *Considerações sobre o contrato preliminar: em busca da superação de seus aspectos polêmicos*. In: ALVES, Mário Luiz Delgado Jones Figueiredo (coordenação). *Novo Código Civil: Questões Controvertidas*. São Paulo: Método, 2005. v. 4.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GARCEZ NETO, Martinho. *Obrigações e contratos*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato com pessoa a declarar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 13.



GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

_____. *Contratos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

LISBOA, Roberto Senise. *Da promessa de fato de terceiro*. In: CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE Jr., Luiz Antonio (coordenação). *Comentários aos Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

MARQUES, Cláudia Lima. *A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?* In: _____. *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organização). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MATTIETTO, Leonardo. *O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos*. In: TEPEDINO, Gustavo (coordenador). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. Saraiva: São Paulo: 2007.

MORATO, Antonio Carlos. *Da novação*. In: CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE Jr., Luiz Antonio (coordenação). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NEUER, Jörg. *O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organização). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NORDMEIER, Carl Friedrich. *O novo direito das obrigações no Código Civil alemão – a reforma de 2002*. In: MARQUES, Cláudia Lima (coordenação). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Coimbra: Almedina, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001. v. 1.

_____. *Instituições de direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001. v. 3.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Paulo da Mota. *Declaração Tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

SOTO, Paulo Neves. *Novos perfis do direito contratual*. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (organizadora) et. al. *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I.

_____. (coordenador). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Notas sobre a função social dos contratos. In: FACHIN, Luiz Edson; _____ (coordenadores). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 3ª ed. Atlas: São Paulo, 2003. v. II.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1980.



**ARBITRAGEM NO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA E SUA INTERNACIONALIZAÇÃO**

Evandro Gueiros Leite

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça



ARBITRAGEM NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUA
INTERNACIONALIZAÇÃO
Evandro Gueiros Leite

Toutefois, le Brésil est toujours considéré come l'un des derniers ilots de résistance à l'arbitrage commercial international. Une législation archaïque, une tradition de non-ratification des conventions internationales - notamment en matière de droit international privé - ainsi que l'ignorance des praticiens, font du Brésil l'un des pays le plus en retard en matière d'arbitrage.

Il faut donc saluer l'arrêt rendu par le Superior Tribunal de Justiça le 4 septembre 1990 qui, dans un jugement rendu à la majorité, fait d'une part prévaloir le principe de bonne foi des parties contractantes (II) et d'autre part reconnaît de la clause compromissoire inséré dans des contrats internationaux (I), ce qui peut donner une nouvelle dimension à l'arbitrage au Brésil." (José Bosco Lee, Revue de L'Arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage, Diffusion Itec, 1995 – N. 1, Jurisprudência étrangère).

OS DIVULGADORES (1)

João Bosco Lee, Doutor em Direito Internacional Privado pela Universidade de Paris II (Panthéon-Assas), é possuidor de reconhecida cultura jurídica, em sua maior parte na área do direito arbitral.¹ Como

¹ João Bosco Lee: Diploma Superior da Universidade (DSU), com especialização em Direito

brasileiro, formado pela Faculdade de Direito de Curitiba, considerou a nossa legislação arcaica e que os seus operadores fizeram do Brasil u'a das últimas ilhas de resistência à arbitragem comercial internacional. Mas, em compensação, rejubilou-se com a decisão do Superior Tribunal de Justiça, de 24 de abril de 1990,² e internacionalizou-a a partir da França.

O seu trabalho desvelou na *Revue de L'Arbitrage*³ o acórdão, que ele transcreve e analisa, com destaque dos trechos principais, na seguinte ordem: "*Arbitrage international. Droit Brésilien. Clause compromissoire. Validité. Bonne foi des parties. Nécessité de conclure un compromis ulterieur (non). Protocole de Genève de 1923. Application a une clause compromissoire prévoyant un arbitrage international au Brésil.*"

Transcreve a ementa do acórdão da Terceira Turma, que nos permitimos redigir no original, como a partir daqui os seus apropriados comentários, em tradução livre:

1. Nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo [de] Genebra de 1923, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso e, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral.
2. Esses contratos têm por fim eliminar as incertezas jurídicas, de modo que os figurantes se submetem, a respeito do direito, pretensão, ação ou exceção, à decisão dos árbitros, aplicando-se aos mesmos a regra do art. 244, do CPC, se a finalidade for atingida.

Internacional Privado (Paris II); Mestre em Direito Internacional Privado e do Comércio Internacional *d'Etudes Approfondies* - DEA - Université Panthéon-Assas (Paris II); Doutor em Direito Internacional pela Université Panthéon-Assas, sobre Arbitragem Internacional nos Países do Mercosul; Árbitro em procedimentos arbitrais nacionais e internacionais; Diretor da Revista Brasileira de Arbitragem; ex-Presidente do Comitê Brasileiro de Arbitragem, Presidente da Comissão de Arbitragem da OAB/PR; Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná (ARBITAC); do Instituto ARBITER, da Câmara de Mediação de São Paulo (CIESP); do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá; membro do *Board of Reporters do Institute of Transnational Arbitrage* dos Estados Unidos da América do Norte; do *Institute for Transnational Arbitration*; da *International Law Association*; do *Institute of World Business Law*, do Grupo Latino-americano de Arbitragem; da Comissão de Arbitragem Internacional da Câmara de Arbitragem Internacional; da Comissão de Arbitragem do Comitê Brasileiro de Comércio Internacional.

² STJ-3ª Turma, REsp n. 616-RJ, julgado em 24.04.1990, publicado no DJ 13.08.1991; na Revista LEX, vol. 18, 1991, pp. 108 a 130; e nos 10 anos de vida do STJ, com o seguinte nota: 'Decisão que inseriu o Brasil no sistema de arbitragem internacional.'

³ *Revue de L'Arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage, Difusion ITEC*, 1995 - N. 1, pp. 137 a 146.



Informa o autor tratar-se, na espécie, de transporte marítimo concluído entre várias sociedades de navegação marítima, sendo uma argentina, algumas brasileiras e outra norueguesa. Haviam firmado contrato para a formação de *pool* sobre as receitas dos fretes do transporte de cargas na rota do Atlântico, entre o Brasil e os EUA, contrato com cláusula compromissória, segundo as regras da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (CIAC).

Sobrevindo divergências, um tribunal arbitral foi constituído no Rio de Janeiro e proferiu sentença de acordo com a lei brasileira, homologada no juízo local. A empresa norueguesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado, alegando que os atos constitutivos do juízo arbitral seriam nulos. E que a sentença julgara além do pedido. O recurso foi provido e anulada a sentença por defeitos formais. Mas o Lloyd Brasileiro obteve a reforma do acórdão no STJ, em recurso especial por maioria de votos, confirmando-se a validade da cláusula compromissória.

Ao comentar o voto do Relator Ministro Cláudio Santos, João Bosco Lee observou que ele havia confirmado o caráter internacional do contrato, mas achou que a sentença arbitral, mesmo proferida no Brasil, devia submeter-se ao *exequatur* do STF; levantou a questão da invalidade da cláusula compromissória no direito brasileiro; sustentou a supremacia da lei interna em face do Protocolo de Genève de 1923, quando incompatíveis; e confirmou o acórdão recorrido.

O Ministro Gueiros Leite abordou o caso sob outra ótica, em seu voto vista (rev. cit., p. 139). Fez aplicar as regras do Protocolo de Genève, do qual o Brasil é signatário, sendo o contrato de natureza internacional. E que nesses contratos internacionais submetidos ao Protocolo de Genève, uma cláusula arbitral já é, por si mesma, suscetível de instituir a arbitragem. Isso porque a distinção entre compromisso e cláusula compromissória ocorre, sem dúvida, no nosso direito interno, mas não na arbitragem internacional.

Invocou, por fim, em seu voto o princípio da boa-fé nos contratos, aplicando o art. 244, do CPC (*rectius*, 243), pois a empresa norueguesa submeteu-se, voluntariamente, à arbitragem internacional, acompanhando-a em todos os seus trâmites e somente anos depois veio argüir a invalidade do compromisso, porque a decisão lhe fora contrária, quando poderia tê-la impugnado ao ser instaurada. Mas, o cumprimento

espontâneo da cláusula arbitral pela dita empresa, conduziu ao aparelhamento do compromisso.

Em consequência, o acórdão recorrido teria violado o art. 243, do CPC (brasileiro), assim formulado: “quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.” O Ministro Gueiros Leite, apesar do pedido de vista do Ministro relator (*rectius*, Nilson Naves), pronunciou-se pela cassação (reforma) do aresto na apelação (pp. 139 e 140).

Depois de um decênio, continuou João Bosco Lee em seus comentários (p. 140), parece que a arbitragem comercial internacional progrediu na América Latina. Alguns dos principais países latino americanos aderiram às convenções internacionais, existindo atualmente⁴ um movimento a favor de leis mais liberais.⁵ Noutros, os juristas e os operadores internacionais convenceram-se da necessidade de recorrer à arbitragem e a utilizam algumas vezes.⁶ Mas o Brasil foi considerado uma ilha de resistência.⁷

Agora, continua o autor, importa aplaudir o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 4 de setembro de 1990⁸ que, em julgamento majoritário, fez prevalecer o princípio da boa-fé das partes contratantes (II). E também reconheceu a validade da cláusula compromissória inserida nos contratos internacionais (I), o que pode dar uma nova dimensão à arbitragem no Brasil.

Esse reconhecimento auspicioso, direi, foi igualmente manifestado por outros juristas, citados por João Bosco Lee, a saber: P.B. Casella, “Arbitragem internacional e boa-fé das partes contratantes: Cláusula de arbitragem em contrato internacional”, *Revista dos Tribunais*, n. 668, junho 1991, pp. 294/241; C. Nehring Netto, S. Avellar Fonseca et I. Zivi: “*Une décision judiciaire très important em mattière d'arbitrage iternational*”, *Revue de droit des affaires internationals*, n. 7, 1992, pp. 872 a 876.

⁴ No texto, *atualmente* deve corresponder a 1995.

⁵ Nota 6, do autor: Colômbia, 1989; México, 1993.

⁶ Nota 7, do autor: M. Leboulanger considera que para os juristas do Terceiro Mundo a arbitragem ainda é pouco importante e que o Norte a privilegia.

⁷ Nota 8, do autor: R. David, *L'arbitrage dans le commerce inernational*, Paris, Econômica, 1982, pp. 233 e 234.

⁸ *Rectius*, 3 de setembro de 1991, LEX citada.

João Bosco Lee apenas delibou a controvérsia em torno da validade da cláusula compromissória no direito brasileiro e sua natureza dedicando a parte final do seu trabalho à aplicação do Protocolo de Genève como bastante para validar a cláusula compromissória, muito embora a Corte tenha fundamentado sua decisão também na boa-fé. Transcreve trecho do meu voto a respeito, na página 145.

Ao seu ver, o STJ teria condenado a prática de certos profissionais do comércio internacional, de inserção nos contratos da cláusula compromissória e de submissão ao julgamento arbitral, para depois contestarem a validade da cláusula na justiça brasileira, em lhes sendo adversa a decisão. Tal atitude demonstraria a má-fé desses operadores, em se valendo do arcaísmo das nossas leis para escapar às condenações.⁹ A empresa norueguesa A.S. Ivarans Rederi usou desse artifício.¹⁰

OS DIVULGADORES (2)

Fernando Mantilla Serrano, *‘Conseiller, Cour Internatinal, d’Arbitrage de la CCI’*, também registrou a decisão do Superior Tribunal de Justiça, em seu trabalho *‘Nouvelles de L’Arbitrage em Amérique Latine’*, publicado na *‘Revue de l’Arbitrage 1995 n. 3’*, mas não deixou sem descrever o cenário da arbitragem no Brasil que, “até o presente,¹¹ em matéria de convenções internacionais sobre arbitragem e o reconhecimento de sentenças arbitragem... não as reconhece, nem a validade da cláusula compromissória, não fazendo parte do Protocolo de Genève de 1923, o que criava dificuldades à arbitragem.”¹²

Mas em seguida, professa:

Ceci étant, lê Tribunal Supérieur de Justice de ce pays, em se référant au protocole de Genève, a reconnu la validité d’une compromissoire

⁹ João Bosco Lee, obr. cit., p. 145, citando Casella, p. 240. A Lei n. 9.307/1996 (art. 44), que regulou soberanamente a arbitragem, revogou os arts. 7.037 a 1.048, do CC/1916; os arts. 101 e 1.072 a 1.102, do CPC.

¹⁰ “Le Ministre Gueiros Leite a rappelé les enseignements du Ministre Alfredo Buzaid qui, dans un jugement rendu par le Supremo Tribunal Federal, avait condamné lui aussi la mauvaise foi des parties” (SE n. 3.236-France, RTJ, vol. 111, p. 157 et vol. 112, p. 578, du 10 mai 1984)

¹¹ No texto, a frase “até o presente” deve corresponder a 1995, praticamente cinco anos antes do acórdão do STJ.

¹² Fernando Mantilla Serrano, nossa a tradução.

dans un contrat commercial international passe entre ressortissants des Etats signataires du dit protocole (cf. Companhia de Nevegação Lloyd Brasileiro c/ A.S. Ivarans Rederi. Ver, arb., 137, note J. Bosco Lee).

Désormais, étant donné que la Convention de Panamá ne permet pas la reserve de Réciprocité et que cette Convention a un caractère universal, on peut considérer que, en matière d'arbitrage commercial international, la validité de la clause compromissoire est définitivement acquise.

OS DIVULGADORES (3)

Jürgen Samtleben¹³ é Doutor em Direito, Advogado em Hamburgo, Titular do Departamento da América Latina do Instituto Max Plank para direito privado estrangeiro e direito internacional privado, bem conhecido no Brasil. Ele também escreveu sobre o “Procedimento Arbitral no Brasil – o caso Lloyd Brasileiro contra Ivarans Rederi, do Superior Tribunal de Justiça,” que a Terceira Turma julgou.

Refere e comenta o caso meticulosamente. E faz os mesmos reparos dos outros comentadores, sobre a arbitragem comercial internacional no Brasil, que se apresentava, até o momento,¹⁴ na prática, como terreno difícil. A tradição jurídica opunha-se, desde os primórdios, à efetiva utilização da arbitragem como mecanismo de solução das controvérsias. Diferentes tentativas, a estimular a efetiva utilização desse processo, para solução dos conflitos no comércio internacional, tiveram resultados tão negativos quanto os esforços de adoção de uma nova legislação ou simplesmente a ratificação da Convenção de Nova York, da ONU.

Contudo, uma decisão do recém instalado Superior Tribunal de Justiça ‘adquire importância especial’ e será comentada. Como ‘diretriz de casos futuros’, seus efeitos podem influenciar o clima jurídico no Brasil a favor da prática arbitral no comércio internacional. Isso porque o projeto de Lei n. 4.018/1993, que tramita atualmente no Congresso, não

¹³ Cf. *Revista dos Tribunais* 704, junho de 1994, pp. 276 a 281 - Notas e comentários (cível). Tradução de Ricardo Thomazinho da Cunha, com revisão técnica do Prof. Paulo Borba Casella. Os tradutores ressaltaram e agradeceram a dedicação do Dr. Jürgen Samtleben, pela confrontação e discussão das duas versões, em reuniões realizadas em São Paulo, em outubro de 1993.

¹⁴ O presente momento, a que se refere o autor, deve ser, por certo, a data da RT, junho de 1994.

é atualmente previsível, embora a discussão sobre a matéria já estivesse em ascensão através de decisão do STF, mas no contexto previsto, pois com a sede do tribunal arbitral fora do Brasil havia necessidade de duplo *exequatur* para executar-se o laudo, processo freqüentemente demorado.

O importante na redação dos contratos é que, ao inserirem-se cláusulas compromissórias, deve-se prever a possibilidade de sua real efetivação. O presente caso decidido pelo Superior Tribunal de Justiça deverá encorajar a pactuar-se, desde o início, o procedimento arbitral no Brasil e com isso conseguir-se o fácil cumprimento do laudo. Refere-se a um procedimento arbitral ocorrido no Rio de Janeiro entre várias companhias de navegação internacional, as quais haviam firmado contrato para a formação de *pool* das receitas dos fretes no transporte de cargas na rota do Atlântico, entre o Brasil e os EUA.

Esse contrato, denominado pelas autoridades brasileiras de *Agreement Brazil U.S. Coasts Port*, sobre linhas de navegação desses dois países, mas do qual também faziam parte empresas de terceiros países, continha cláusula arbitral. De acordo com essa cláusula, todas as divergências e questões de qualquer natureza, que surgissem, seriam submetidas a um tribunal arbitral composto de três árbitros, segundo as regras processuais da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (CIAC), e que qualquer tribunal competente poderia homologar o laudo arbitral. Apoiada nessa cláusula, a parte brasileira iniciou, em 1983, um procedimento, que sob o aspecto técnico foi administrado em Washington pela Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial.

O juízo arbitral constituiu-se com a colaboração da ré, reunindo-se em 1984 no Rio de Janeiro, sob a presidência de Eduardo Jiménez de Aréchaga, ex-presidente da Corte Internacional de Justiça, que declarou como aplicável a lei brasileira. Após o processamento, foi prolatado o laudo, no final de 1985, e homologado por Juiz de Direito do Estado. Contra essa homologação insurgiu-se, em vão, a parte norueguesa vencida, alegando que o procedimento não se realizara com base em compromisso arbitral válido, segundo estipula o direito brasileiro.

A 7ª CC do Tribunal de Justiça estadual deu provimento à apelação em março de 1987, pois o laudo arbitral não continha a qualificação dos árbitros, nem a assinatura de duas testemunhas, sendo nulo. Interposto

recurso extraordinário, o STF declinou de sua competência¹⁵ para o STJ, recém constituído, sendo o feito julgado em 24 de abril de 1990 pela Terceira Turma, provendo-se o recurso para reformar o acórdão *a quo* e reputar válido o laudo arbitral, decisão tomada por maioria de votos.

Depois de cuidadosa análise dos fundamentos da decisão do STJ (pp. 276 a 278), bem como do respeitável voto do eminente Relator Ministro Cláudio Santos, Jürgen Samtleben achou que “o verdadeiro significado da decisão está no fato de que a realização de arbitragens internacionais no Brasil *foi facilitada*,” embora se tratasse de processo arbitral promovido no Brasil desde o início, concluindo-se, com base na decisão do STJ, que o processo de homologação em tribunal brasileiro não apresenta maiores dificuldades, aqui constituindo-se título executório.

Mas ao tempo do seu trabalho, Samtleben ainda estava imbuído da necessidade de homologação, se a decisão arbitral fosse estrangeira, conforme previsto no CPC. E também na opinião dos magistrados, segundo a posição dominante (p. 279). Todavia, mesmo sendo resultante de procedimento arbitral promovido desde o início no Brasil, se prevalecesse o respeitável voto do eminente Ministro Cláudio Santos, não teria havido homologação, por ser ele contrário à utilização do procedimento arbitral nos termos da argumentação transcrita no item 1, página 277.

A decisão aqui comentada, do Superior Tribunal de Justiça, conclui Samtleben, “abriu caminho” para os procedimentos arbitrais no Brasil, revelando, nesse sentido, “uma alternativa prática” (p. 279), o que se costuma denominar de ativismo judicial, direi eu. Assim, afastado o apego ao juízo estatal e com a superveniência da Lei n. 9.307/1996, a Corte passou a proferir decisões arbitrais categorizadas como equivalentes jurisdicionais, embora ainda atrelados ao vazo da homologação.

AS RAZÕES DESTAS PALAVRAS

Pareceria desnecessário o reexame, de *fond en comble*, dessa decisão do STJ, antiga de 1990, por tão ilustres juristas estrangeiros, doutores em arbitragem, mas que não lhe regatearam encômios de repercussão internacional. Assim o fiz em testemunho à Corte que ajudei a criar

¹⁵ CF/1988, art. 105-III, alíneas a, b, c, d.

e não apenas por uma de suas decisões, embora considerada alhures como “diretriz de casos futuros”. Recebi esses documentos em 1994, de pessoas que tomaram parte no julgamento.¹⁶ E os guardei porque marcavam o honroso relacionamento que mantive com Renné David,¹⁷ por intermédio de Nehemias Gueiros, ambos da ONU, de onde proveio a Lei-Modelo sobre arbitragem comercial.¹⁸

Sabemos, também, de outros brasileiros ilustres, ligados ao assunto pela repercussão de suas obras fora do Brasil, como Pedro Batista Martins,¹⁹ Carlos Alberto Carmona,²⁰ J. C. Magalhães,²¹ Luís César Ramos Pereira,²² Selma M. Ferreira Lemes.²³ Carlos Alberto Carmona, que sendo Secretário Executivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual, pediu-me sugestões e críticas ao anteprojeto da lei de arbitragem, a ser ali discutido pelos setores interessados, pois acredito que o fez por influência da decisão do STJ, embora também fosse eu sócio do Instituto em 1992.

Da pesquisa feita é constatee que embora muito se tenha escrito sobre cláusula compromissória, compromisso e arbitramento, não foi sequer lembrada a decisiva influência da decisão do STJ, ao reconhecer a validade da cláusula compromissória em contrato comercial internacional, antecipando-se à Lei n. 9.307/1996, que só depois embutiu na “convenção de arbitragem” a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, mas revogou os arts. 1.072 a 1.102, do CPC, e 1.037 a 1.048, do Código

¹⁶ Luiz Fernando Palhares, meu amigo e ilustre advogado de uma das partes. E do próprio Ministro Cláudio Santos, que fez parte do julgamento, *noblesse oblige*.

¹⁷ Renné David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Econômica, 1982, pp. 233 a 234.

¹⁸ Professor Nehemias Gueiros, Head-Delegate of Brazil, United Nations Conference on the carriage of goods by sea, Hamburg, Germany: UNCITRAL - United Nations Comission for International Trade Law.

¹⁹ P.B. Martins, *Aspectos da arbitragem comercial no Brasil*, Rio de Janeiro, ed. Lumen Juris, 1990m p. 45, cit. por J.B. Lee.

²⁰ C.A. Carmona, *A arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, SP, Malheiros Editores, 1993, p. 87, cit. por J.B. Lee.

²¹ José Carlos de Magalhães, *A cláusula arbitral nos contratos internacionais*, in *Arbitragem Comercial*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1986, p. 67, cit. por J.B. Lee e no meu voto corpo do acórdão, p. 117, LEX.

²² L.C. Ramos Pereira, *A arbitragem comercial nos contratos internacionais*, RT, vol. 572, 1983, pp. 26 a 31, cit. por J.B. Lee e no meu cit. voto, p. 117, LEX.

²³ Selma M. Ferreira Lemes, *Principles and Characteristics of Brazil's Bill of Arbitration*, Focus Américas I (1993) n. 3, pp. 21 e ss., sobre projetos de reforma anteriores, Samtlebens, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1989, p. 771, cit. por J. Samtlebens.

Civil de 1916, livrando a “amplitude da vontade das partes das amarras do processo estatal”.

Se a Lei n. 9.307/1996 *revitalizou* a arbitragem no Brasil, no dizer autorizado de Carlos Alberto Carmona,²⁴ na verdade também deu vida nova ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 1990, pois que, malgrado a importância dessa decisão, restou isolada, conforme lamentou João Bosco Lee, de acordo com as estatísticas da Corte Internacional de Arbitragem: *aucune partie brésilienne n'a participé à un arbitrage CCI* em 1993”.²⁵ Nenhum árbitro de nacionalidade brasileira teria sido nomeado, nem o Brasil escolhido para local de outras arbitragens.

O pior, ainda segundo o mesmo Carlos Alberto Carmona, é que alguns (poucos) estudiosos deram-se ao trabalho de esmiuçar com seriedade o instituto, reestruturado com o objetivo de incentivar os operadores do Direito a resolverem controvérsias ligadas a direitos disponíveis, fora do âmbito do Poder Judiciário. E que já se ouvem aqui e acolá vozes pesadamente conservadoras, que procuram encontrar alguma mácula de inconstitucionalidade em eventuais brechas do texto legal.²⁶

É como se fora *acolitado* por João Lobo Lee: “ce qui amène à conclure, soit que les opérateurs internationaux brésiliens n'ont jamais à faire face à des litiges, soit que l'arbitrage ne fait pas encore partie de leur culture juridique.” E por incrível coincidência, sugere: “...il faut que les autorités brésiliennes adoptent une législation nouvelle, qu'elles ratifient la Convention de New York de 1958 et surtout que l'arbitrage soit diffusé parmi les praticiens brésiliens.”²⁷

A mesma expressão - *revitalizar* - foi usada por Maristela Basso.²⁸ Diogo de Figueiredo Moreira Neto,²⁹ que embora tenha enaltecido, com

²⁴ Carlos Alberto Carmona (Revista CEJ, Ano XI, n. 39, pp. 88 a 90, out./dez. 2007) é árbitro nos principais centros de mediação e arbitragem em SP, professor doutor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP, professor titular de Direito Processual Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

²⁵ J.B. Lee, obr. cit. p. 146.

²⁶ C.A. Carmona, obra e lugar citados.

²⁷ J.B. Lee, obra e lugar citados. Faz ele referência ao Projeto de Lei n. 78/1992, do Senado, do Senador Marcos Maciel, que deu lugar à Lei n. 9.307/1996. Também o Prof. Carmona já lutava por isso no IBDP, em 1992, juntamente com Selma Lemes e Batista Martins.

²⁸ Maristela Basso: “Lei nova *revitaliza* a arbitragem no Brasil como método alternativo-extrajudicial de solução de conflitos de interesses”, RT/Fasc. Civ. vol. 733, pp. 11/23, SP.

²⁹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Arbitragem nos Contratos Administrativos*, RDA jul/set, 1997, vol.



razão, a Lei n. 9.307/1996, tampouco levou em conta a decisão do STJ, em seu papel desbravador, embora preocupado com a inexistência em nosso país da cultura da arbitragem (pp. 81/90), atribuída à influência do positivismo jurídico, que enfatiza a supervalorização das formas escritas. E ao estatismo, que magnifica o papel do Estado, na confusão entre os conceitos de monopólio da jurisdição e monopólio da justiça, visão autoritária que existe desde 1939.

Cláudio Vianna de Lima,³⁰ ilustre Desembargador no Rio de Janeiro, afirmou haver a Lei n. 9.307/1996 *atualizado* o Brasil perante o mundo civilizado, com relação aos meios pacíficos de solução dos conflitos, o que não se nega, embora não desconhecesse ele, pelos fatos que citou (pp. 91 a 104), que antes da lei o STJ se antecipara ao aplicar o Protocolo de Genêve e validara cláusula compromissória, na esperança que tinha no Projeto n. 78/1992, em curso no Senado, e que somente sobreveio em 1996.

A JUSTIÇA COMO EXERCÍCIO DO CONSENSO

Agora o jurisdicionado tem liberdade de buscar a justiça como exercício do consenso, valorizada pela configuração legal da arbitragem. E é cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural (CF, art. 5º, LII), mas antes a realiza, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, sem a forma coercitiva da jurisdição estatal e tendo em vista que os participantes assumem o risco de serem derrotados na arbitragem. Nesses casos, o árbitro torna-se juiz de fato e de direito da causa e a decisão que for proferida não ficará sujeita a recurso ou à homologação (art. 18, Lei n. 9.307/1996), como equivalente jurisdicional.³¹

Já vemos, pois, essa colenda Corte, em nova *transição* de competência deslocada do STF, processar e julgar a homologação de sentenças estrangeiras, como já fizera antes, ao validar compromisso das partes em procedimento arbitral internacional, aplicando o Protocolo de Genêve.

209, pp. 81 a 90, Rio de Janeiro. Referia-se à exposição de motivos do Decreto-Lei n. 1.608/1939.

³⁰ Cláudio Vianna de Lima, *A lei de Arbitragem e o Art. 23, da Lei de Concessões*, RDA, vol. 209, pp. 91 a 104 jul/set, Rio de Janeiro, 1997.

³¹ STJ-REsp n. 450.881, Ministro Castro Filho, DJ de 26.05.2003, cit. pelo Ministro Luiz Fux, MS n. 11.308-DF, S1 Primeira Seção, DJ de 19.05.2008.

Talvez ainda haja ajustes a fazer, por exemplo, sobre a *homologação*, se seria apenas das sentenças estrangeiras, conforme está no texto constitucional; e não das sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas, no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução.³² Consagrar-se-ia, em visão inovadora, o princípio da operosidade, pela execução do laudo arbitral e não da decisão homologatória, mero juízo de delibação.³³

³² Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras feitas em NY, em 10 de junho de 1958, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 4.311/2002.

³³ Cf. Adriana Noemi Pucci, *Arbitragem comercial nos países do Mercosul*, p. 198, SP, LTR, 1997.

**BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A
ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL**

Luis Felipe Salomão

Ministro do Superior Tribunal de Justiça



BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL

Luis Felipe Salomão

1 – INTRODUÇÃO

1.1 – A pretensão é a de apresentar, em um texto direto quanto possível, roteiro prático e consentâneo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca das questões mais frequentes sobre admissibilidade do recurso especial.

1.2 – Para introdução lógica à temática ora em exame, mister o estudo resumido dos princípios fundamentais que norteiam a aplicação das regras concernentes aos recursos em geral.

Nesse passo, vale lembrar que não se confundem as ações de impugnação autônomas, oponíveis após o trânsito em julgado da sentença, com os recursos propriamente ditos, que pressupõem inexistência de preclusão máxima.

São os seguintes princípios fundamentais:

- *duplo grau de jurisdição* – garantia de boa justiça, aplacando a desconfiança quanto à falibilidade humana. É a possibilidade de a sentença ser reapreciada por outro órgão de jurisdição, em regra de hierarquia judiciária superior, mediante a interposição de recurso.

- *taxatividade* – os recursos são designados em lei. Não se confundem com os sucedâneos recursais, como, por exemplo, a correição parcial e as ações autônomas de impugnação.

- *unirrecorribilidade* – para cada decisão judicial, há apenas um único recurso previsto, vedada, como regra, a interposição simultânea de recursos.

2 – PRESSUPOSTOS SUBJETIVOS

Os pressupostos subjetivos dos recursos são interesse e legitimidade, conforme dispõe o artigo 499 do CPC.

No caso do especial, na qualidade de recurso extraordinário e com previsão constitucional, sua finalidade precípua não é o resguardo do interesse da parte que sucumbiu, mas sim a garantia da inteireza e eficácia da norma infraconstitucional, como se depreende do aresto a seguir colacionado:

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Ação rescisória. Cabimento. Contrariedade do acórdão rescindendo a entendimento sumulado no âmbito dos Tribunais Superiores. Exportação de café. ICMS. Base de cálculo. Quota de contribuição devida ao IBC. Repercussão.

(...)

2. Se, ontologicamente, o recurso especial, de natureza extraordinária, propicia ao Superior Tribunal de Justiça – transcendendo o interesse subjetivo das partes – assegurar a inteireza positiva, a autoridade e a uniformidade de interpretação do direito federal infraconstitucional, não se afigura razoável possam os juízes de instância ordinária fazer tábula rasa das suas súmulas para, depois, obstar a rescisão dos respectivos julgados invocando o enunciado das Súmulas n. 134-TFR e 343-STF.

(...)

5. Recurso especial conhecido e provido para julgar procedente o pedido objeto da ação rescisória.¹

Com efeito, após a Constituição/1988, o Superior Tribunal de Justiça é o intérprete final quanto à aplicação da lei federal, na verdade do direito positivo federal.

¹ REsp n. 427.814-MG, Relator para o acórdão Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 07.03.2005.



3 – PRESSUPOSTOS OBJETIVOS

Analisando os pressupostos objetivos do recurso especial, é interessante destacar:

3.1 – *Cabimento* – o recurso especial está previsto no artigo 105, III, letras a, b e c, da Constituição Federal:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Há precedentes a versar sobre cada uma dessas alíneas:

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Alegada negativa de vigência a decretos. Conhecimento. Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI. Tabela de incidência do IPI - TIPI. Classificação fiscal. Ração para animais. Alíquota zero. Preparações alimentares completas para cães e gatos acondicionadas em embalagens com peso superior a 10 quilos. Não incidência do IPI.

1. O artigo 105, III, a, da Constituição Federal de 1988 prescreve que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.

2. O conceito de lei federal, para fins de cabimento do recurso especial, abrange “os atos normativos (de caráter geral e abstrato), produzidos por órgão da União com base em competência derivada da própria Constituição, como são as leis (complementares, ordinárias, delegadas) e as medidas provisórias, bem assim os

decretos autônomos e regulamentares expedidos pelo Presidente da República” (Precedente da Corte Especial: REsp n. 663.562-RJ, Relator Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 05.12.2007, DJ 18.02.2008); (Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp n. 954.067-RJ, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 27.05.2008, DJe 23.06.2008; REsp n. 853.627-PR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06.03.2008, DJe 07.04.2008; REsp n. 965.246-PE, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18.10.2007, DJ 05.11.2007; e REsp n. 879.221-RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18.09.2007, DJ 11.10.2007).

(...)

18. Recurso especial da Fazenda Nacional desprovido.²

Constitucional, Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Alínea **b**. Não conhecimento. ICMS. Recolhimento antecipado. Substituição tributária para frente. Novel orientação do STF (Adin n. 1.851-AL). Inaplicabilidade ao Estado de São Paulo.

1. A Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, alterou a alínea **b** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal de 1988, e incluiu a alínea **d**, ao inciso III, do artigo 102, da Carta Magna (...).

2. Destarte, a alteração proporcionada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 implicou a modificação de competência jurisdicional para apreciação de confronto entre lei local e lei federal (artigo 102, III, **d**, da CF/1988 - Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário). Ao STJ permaneceu a competência para deslinde de recurso especial dirigido contra decisão que julgar válido ato de governo local (ato público infralegal) contestado em face de lei federal (Precedentes do STJ: AgRg no Ag n. 365.208-MT, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21.02.2008, DJ 03.03.2008; AgRg no Ag n. 729.541-MS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18.10.2007, DJ 12.11.2007; REsp n. 661.484-RJ, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado

² REsp n. 953.519-SP, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 17.12.2008.



em 02.10.2007, DJ 07.11.2007; REsp n. 950.413-RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 04.09.2007, DJ 18.09.2007; e REsp n. 598.183-DF, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.11.2006, DJ 27.11.2006). 3. Deveras, a lei em vigor à época da prolação da decisão que se pretende reformar é que rege o cabimento e a admissibilidade do recurso.

4. *In casu*, o acórdão que julgou a apelação restou proferido em 14.09.2006, data posterior ao advento da EC n. 45/2005, razão pela qual não se revela cognoscível a insurgência especial fulcrada na alínea b, do permissivo constitucional, ao argumento de que o Tribunal de origem julgou válido Decreto Estadual em face de lei federal.

(...)

8. Recurso especial conhecido, pela alínea a, do permissivo constitucional, e provido.³

Processual Civil. Recurso especial interposto pela alínea c do permissivo constitucional. Divergência jurisprudencial não configurada. Ilegitimidade passiva. Exceção de pré-executividade. Necessidade de dilação probatória. Prequestionamento. Ausência. Súmula n. 211-STJ.

1. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo ao recorrente demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem se caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC, e art. 255, do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea c do art. 105, III, da Constituição Federal.

(...)

4. Agravo Regimental não provido.⁴

³ REsp n. 990.763-SP, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 19.06.2008.

⁴ AgRg no Ag n. 930.812-SP, Relator Ministro Herman Benjamin, DJ de 31.10.2008.

Ainda em relação ao requisito objetivo do “cabimento”, as Súmulas n. 283, 284, 292 e 528 do Supremo Tribunal Federal, aplicáveis ao recurso especial, preconizam:

Súmula n. 283: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Súmula n. 284: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

Súmula n. 292: Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no art. 101, III, da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros.

Súmula n. 528: Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal *a quo*, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento.

3.2 – *Lesividade* – exigível a sucumbência como pressuposto genérico para todos os recursos.

Administrativo e Processual Civil. Ação de desapropriação por interesse social. Área situada na faixa de fronteira. Violação do art. 535 do CPC: fundamentação deficiente. Súmula n. 284-STF. Discussão acerca do domínio do imóvel. Impossibilidade. Fixação de justa indenização. Ausência de interesse recursal. Falta de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ.

(...)

3. Descabe recurso especial sobre questão em que não houve sucumbência do recorrente. Ausência de interesse recursal, pressuposto recursal genérico.

(...)

5. Recurso especial não-conhecido. ⁵

⁵ REsp n. 704.013-PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 02.10.2007.



3.3 – *Tempestividade* – a interposição do recurso deve obedecer aos prazos previstos em lei.

Cumprе ressaltar que a jurisprudência da Corte (AG n. 1.053.004-RJ) é firme no sentido de que:

a) a certidão de Tribunal local apontando apenas a tempestividade do recurso não é hábil a suprir a prova quanto à existência de feriado estadual ou municipal;

b) a assertiva contida em decisão de admissibilidade, no sentido de ser tempestivo o recurso, não supre a necessidade de se comprovar cabalmente a suspensão do expediente forense por ato normativo local;

c) somente as suspensões de prazos decorrentes de feriados nacionais ou leis federais dispensam a comprovação;

d) o ato de governo local, ou do Tribunal *a quo*, que suspende os prazos forenses deve ser comprovado no momento da interposição do recurso;

e) a Justiça Federal diferencia-se do Poder Judiciário Federal. Aquela é regulada pelo artigo 106 da Constituição Federal e composta pelos Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais. O Poder Judiciário Federal é o mantido pela União, do qual fazem parte o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, demais Tribunais Superiores, Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho, Justiça Militar Federal, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) e a própria Justiça Federal (TRF's e Juízes Federais). Assim, os recursos oriundos da Justiça Federal dispensam comprovação dos feriados previstos na Lei n. 5.010/1966, que, nos termos do art. 62, são: os dias compreendidos entre 20 de dezembro e 6 de janeiro, inclusive; os dias da Semana Santa, compreendidos entre a quarta-feira e o Domingo de Páscoa; os dias de segunda e terça-feira de Carnaval e os dias 11 de agosto e 1º e 2 de novembro. Ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, malgrado faça parte do Poder Judiciário Federal, não se aplicam os dispositivos da Lei n. 5.010/1966, porquanto possui Lei Federal de Organização Judiciária própria. Atualmente, a Lei de Organização Judiciária do Distrito

Federal – Lei n. 11.697/2008, publicada em 16.06.2008 – estabelece os dias que são feriados.⁶

f) os recursos oriundos da Justiça do Distrito Federal interpostos após 16 de junho de 2008, inclusive, dispensam a comprovação dos feriados mencionados. Antes disso, a Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal era a Lei n. 8.185/1991, que previa como feriados apenas os dias compreendidos entre 20 de dezembro e 31 de janeiro e de 2 a 31 de julho. Tal entendimento prevalece até a edição da E.C. n. 45, de 31 de dezembro de 2004, que extinguiu as férias coletivas nos Tribunais de Justiça e Regionais Federais;

g) quarta-feira de cinzas, de regra, constitui dia útil por uma razão simples: nos termos do art. 184, § 1º, III, do CPC, “considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado ou em dia em que o expediente forense for encerrado antes da hora normal”. Ordinariamente, se há alguma alteração no expediente forense, na quarta-feira de cinzas, é no sentido de iniciar-se mais tarde, circunstância não excepcionada pela Lei Processual.

Vale conferir alguns outros julgados selecionados sobre o tema da “tempestividade”:

Agravo de instrumento. Tempestividade. Feriado local. Comprovação. Ausência de peça imprescindível. Juntada posteriormente. Inadmissibilidade. Preclusão consumativa.

I - Nos casos de feriado local, por força de lei estadual ou ato do presidente do tribunal respectivo, a tempestividade do recurso interposto, aparentemente, fora do prazo, deve ser comprovada com a juntada, no momento da interposição, de cópia da lei ou do ato gerador da suspensão do prazo, ou ainda, de certidão de quem de direito, servidor do tribunal de origem.

⁶ “Art. 60. Será considerado feriado forense o período compreendido entre 20 de dezembro e 6 de janeiro.

(...)

§ 3. Além dos feriados fixados em lei, também serão considerados como feriado forense pela Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

I – os dias da semana santa, compreendidos entre a quarta-feira e o domingo de Páscoa;

II – os dias de segunda-feira e terça-feira de carnaval e quarta-feira de cinzas;

III – os dias 11 de agosto, 1º e 2 de novembro e 8 de dezembro.”



O silêncio da parte contrária, assim como a comprovação posterior do fato, não suprem a omissão do recorrente.

II - Em qualquer caso de agravo contra decisão que inadmite recurso especial, não se conhece da impugnação, se ausente peça imprescindível ou útil à formação do instrumento, inadmitida a juntada posterior.

Agravo interno a que se nega provimento.⁷

Processual Civil. Agravo de instrumento. Recurso especial. Protocolo ilegível. Suprimento. Certidão. Inviabilidade.

1. Conforme entendimento pacífico, a certidão expedida pelo tribunal *a quo*, afirmando a tempestividade do recurso especial, não supre a ausência de qualquer dos elementos indispensáveis para aferição desse requisito recursal por esta Corte, dentre eles, a data legível da protocolização do apelo excepcional.

2. Agravo regimental não provido.⁸

Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento improvido em razão da aparente intempestividade do recurso especial diante da ausência de documento que comprove a suspensão dos prazos na justiça de origem, a inadmissão do recurso se impõe. Inviável a juntada posterior porquanto já operada a preclusão consumativa. Também mostra-se irrelevante a assertiva contida na decisão agravada acerca da tempestividade do recurso, uma vez que o juízo de admissibilidade é bifásico. Agravo regimental improvido.

1. A tempestividade do recurso especial deve ser aferida quando da análise do agravo, razão pela qual o instrumento deve estar perfeitamente apto à demonstração de todos os requisitos de admissibilidade do especial.

2. Por outro lado, a juntada extemporânea - em sede de embargos declaratórios ou agravo regimental - de documento essencial à formação do agravo não tem o condão de sanar vícios existentes quando da interposição do recurso.

⁷ AgRg no Ag n. 708.460-SP, Relator Ministro Castro Filho, Corte Especial, DJ de 02.10.2006.

⁸ AgRg no Ag n. 1.041.719-SP, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 09.10.2008.

3. O juízo de admissibilidade é bifásico, e o controle realizado no Tribunal de origem não vincula o STJ.

4. Agravo improvido.⁹

Processual Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Tempestividade. Suspensão de prazos recursais por ato da justiça local. Ausência de comprovação. Agravo regimental improvido.

1. O conceito de Justiça Federal, que abarca somente os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais (art. 106, CF/1988), não se confunde com o de Poder Judiciário Federal, do qual faz parte a Justiça do Distrito Federal.

2. A Lei n. 5.010/1966, por sua vez, organiza somente a Justiça Federal, não todo Poder Judiciário Federal, de sorte que os feriados nela previstos não se aplicam, necessariamente, a este.

3. Inexistindo Lei Federal aplicável à espécie, cumpria ao recorrente apresentar documento oficial idôneo, apto a comprovar a tempestividade do recurso especial, porquanto a suspensão do prazo, se existiu, deu-se em decorrência de ato expedido pelo Tribunal local.

4. Agravo improvido.¹⁰

Agravos de instrumento e regimentais. Equívoco quanto à data de interposição do primeiro regimental. Reconsideração para examiná-lo. Recurso especial intempestivo. Infundada alegação de que os prazos estavam suspensos pela Portaria n. 191-STJ, de 05.12.2006.

1. Reconsideração da decisão que não conheceu do agravo de instrumento anteriormente interposto, em razão da intempestividade, uma vez constatado o equívoco quanto à data de envio da petição recursal por fax.

2. Não prospera o regimental formulado sob alegação de que estava suspenso o prazo para interposição do recurso especial, por força da Portaria n. 191-STJ, de 05.12.2006, já que esta Portaria só abrange os recursos interpostos diretamente nesta Corte.

⁹ AgRg no Ag n. 963.042-MG, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJ de 06.10.2008

¹⁰ AgRg no REsp n. 869.893-DF, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJ de 03.11.2008.



3. Após o advento da EC n. 45/2004, a atividade jurisdicional tornou-se ininterrupta, não havendo mais suspensão de prazos nos Juízos e Tribunais de segundo grau (art. 93, XII, da CF).

4. Agravo regimental provido para se conhecer do agravo anterior, não provido ¹¹.

Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento considerado intempestivo. Suspensão do expediente forense. Quarta-feira de cinzas. Não-comprovação. Improvimento.

I. É intempestivo o agravo de instrumento interposto fora do prazo estipulado no art. 544 da Lei Adjetiva Civil.

II. A suspensão do expediente forense, na quarta-feira de cinzas, deve ser comprovada por documento do Tribunal local, no momento da interposição do agravo, vez que não se trata de fato presumível e notório, pois a quarta-feira de cinzas é considerado dia útil até que se prove o contrário.

III. Agravo regimental a que se nega provimento¹².

3.4 – *Regularidade formal* – A lei regula também a forma de interposição de cada recurso, como, por exemplo, exigência ou não de petição escrita; a fundamentação para o tipo recursal; necessidade de assinatura do advogado; peças para instrução do recurso, dentre outros.

Dentre os diversos precedentes sobre o tema, cabe ressaltar os seguintes:

Processual Civil. Depósitos judiciais. Correção monetária. Desnecessidade de ação autônoma. Banco depositário. Legitimidade. Violação do art. 535 do CPC. Não-ocorrência. Dissídio jurisprudencial. Súmula n. 83-STJ. Decisão *extra petita*. Não-ocorrência.

(...)

3. Atende o requisito de admissibilidade da regularidade formal recurso no qual fiquem demonstradas as razões do inconformismo

¹¹ AgRg no AgRg no Ag n. 940.510-RJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 20.05.2008.

¹² AgRg no Ag n. 1.034.612-RJ, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 08.09.2008.

da parte e a pretensão perseguida, bem como a descrição suficiente dos fatos que servem de fundamento ao pedido, permitindo ao réu o pleno exercício de sua defesa.

(...)

8. Recurso especial conhecido parcialmente e improvido.¹³

Agravo regimental no recurso especial. Interposição via correio eletrônico (*e-mail*). Impossibilidade. Falta de assinatura. Recurso inexistente. Interposição simultânea de embargos declaratórios. Inadmissibilidade e intempestividade.

1. O correio eletrônico (*e-mail*) não pode ser considerado similar ao fac-símile para efeito de aplicação do artigo 1º da Lei n. 9.800/1999, que estabelece ser permitido às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita.

2. Conforme reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, na instância especial, o recurso sem assinatura do advogado é considerado inexistente.

3. Inadmissíveis os embargos declaratórios, de teor semelhante ao do presente regimental, opostos contra a mesma decisão ora agravada e fora do prazo legal.

4. Agravo regimental não conhecido.¹⁴

Processual Civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Instrução deficiente. Cópia da certidão de intimação do acórdão proferido nos embargos de declaração ilegível. Impossibilidade de aferição da tempestividade.

1. Compete ao agravante instruir adequadamente o agravo de instrumento, trasladando as peças obrigatórias e essenciais, de modo a possibilitar a verificação dos pressupostos de admissibilidade, inclusive a tempestividade do recurso especial que pretende viabilizar.

¹³ REsp n. 586.115-SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 19.03.2007.

¹⁴ AgRg no REsp n. 672.410-SC, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ de 25.09.2006.



2. Impossibilidade da juntada posterior da peça, por absoluta falta de previsão legal.
3. O juízo de admissibilidade do recurso especial feito na instância de origem não vincula esta Corte, onde é feito um novo exame dos requisitos do agravo de instrumento.
4. Agravo regimental não provido.¹⁵

Agravo interno. Agravo de instrumento. Falta de peças obrigatórias. Formação. Responsabilidade exclusiva do recorrente.

1. Nos termos do artigo 544, § 1º, do Código de Processo Civil, ‘o agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópia do acórdão recorrido, da certidão de respectiva intimação, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado’.
2. É da responsabilidade exclusiva do agravante zelar pela correta formação do instrumento.
3. ‘Não se admite, na instância especial, a juntada tardia de peças obrigatórias para a formação do agravo de instrumento, nem a conversão do julgamento em diligência ou abertura de prazo para sanar eventual irregularidade.’ (AgRg no Ag n. 870.259-RS, Relator o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJU de 04.06.2007).
(...)
5. Agravo regimental desprovido.¹⁶

3.5. *Preparo* – pagamento prévio das despesas necessárias ao processamento do recurso.

A Lei n. 11.636, de 28 de dezembro de 2007, dispõe sobre as custas judiciais devidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o que ensejou a Resolução-STJ n. 1, de 16 de janeiro de 2008.

¹⁵ AgRg no AG n. 1.072.431-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 15.12.2008.

¹⁶ AgRg no AG n. 1.071.972-CE, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ de 02.12.2008.

Tal Resolução entrou em vigor em 27 de março de 2008. O artigo 1º, *caput*, determina serem devidas “custas judiciais nos processos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça”, enquanto o artigo 2º, *caput*, estabelece serem devidas “custas judiciais e porte de remessa e retorno dos autos nos processos de competência recursal”.

Por sua vez, preceitua o artigo 3º que o recolhimento das custas judiciais e do porte de remessa e retorno será realizado mediante Guia de Recolhimento da União.

Em julgamento de embargos de divergência em recurso especial, a Corte já teve a oportunidade de se pronunciar a respeito:

Agravo regimental. Decisão que negou seguimento a embargos de divergência. Ausência de pagamento de custas. Lei n. 11.636/2007. Resolução n. 1/2008. Agravo não provido.

1. Não se conhece dos embargos de divergência interpostos sem o pagamento das custas, em flagrante inobservância ao que determina a Lei n. 11.636, de 28 de dezembro de 2007, que dispõe sobre as custas judiciais devidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, e à Resolução n. 1/2008.

2. Não se pode alegar desconhecimento da lei, especialmente se o recurso foi interposto em 10 de maio de 2008, quase seis meses após a publicação da norma legal.

3. As novas regras que disciplinam o pagamento de custas judiciais no âmbito do Superior Tribunal de Justiça em nada alteram o Regimento Interno do STJ, já que cuidam de questão estranha à matéria que deve ser disciplinada regimentalmente.

4. Agravo regimental não provido.¹⁷

No que diz respeito à necessidade de identificação correta do número do processo na guia de recolhimento do preparo do recurso, há divergência no Superior Tribunal de Justiça.¹⁸

¹⁷ AgRg nos EREsp n. 849.273-RS, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 13.10.2008.

¹⁸ REsp n. 739.482-RS, Relator Ministro Mauro Campbell, DJ de 24.09.2008; AgRg no AgRg no REsp n. 913.112-MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 22.02.2008.



**4 – PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DO RECURSO ESPECIAL:
A) QUESTÃO DE DIREITO; B) PREQUESTIONAMENTO; C)
EXAURIMENTO DE INSTÂNCIA.**

Em relação ao recurso especial, não basta a sucumbência – como em regra se exige para os recursos ordinários –, mas há de ser demonstrada a existência de uma “*causa*” decidida em “única ou última *instância*” pelos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal, além da “*questão de direito federal*”, não sendo suficiente mera questão de fato, com o prequestionamento dos dispositivos legais alegadamente violados.

Vale transcrever as Súmulas relacionadas ao tema, com maior aplicação na prática.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula n. 5: A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

Súmula n. 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Súmula n. 207: É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no Tribunal de origem.

Súmula n. 211: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.

E na Suprema Corte:

Súmula n. 282: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Súmula n. 356: O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Os arestos abaixo colacionados tratam de tais questões:

Civil. Processual Civil. Locação. Agravo regimental no agravo de instrumento. Morte do cônjuge-fiador. Responsabilidade da

viúva que também figurou no contrato como fiadora. Existência de simples outorga uxória. Aferição. Interpretação de cláusula contratual. Impossibilidade. Súmula n. 5-STJ. Prequestionamento. Ausência. Súmulas n. 282-STF e 211-STJ. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e os paradigmas. Agravo regimental improvido.

1. O Superior Tribunal de Justiça, além do exame do direito das partes, realiza o controle da legalidade do julgamento proferido pelo Tribunal *a quo*. Eventuais equívocos verificados nas instâncias inferiores, decorrentes do mau entendimento ou da má interpretação dos fatos da causa, ou da vontade das partes no ato de contratar, são questões que não propiciam acesso à Corte Superior, devendo a alegada ofensa a direito federal ser analisada partindo-se do suporte fático fornecido pelo Tribunal de segunda instância. Por esse motivo é que a pretensão de simples reexame de matéria de fato ou de cláusulas contratuais não enseja recurso especial.

2. Hipótese em que, tendo o Tribunal de origem firmado a compreensão de que a co-agravante teria assinado o contrato de locação na condição de fiadora, e não apenas como anuente, infirmar tal entendimento demandaria a interpretação de cláusula contratual, inviável em sede especial, nos termos da Súmula n. 5-STJ.

(...)

5. Agravo regimental improvido.¹⁹

STF: Mandato – Questão de direito. Se o acórdão reconheceu a existência evidente dum mandato, negado pela instância local e atribui-lhe os efeitos de lei, decidiu então sobre a qualificação jurídica do ato, o que é questão de direito, e não de fato.

(...)

Não menos improcedente é a arguição de discrepância com a Súmula n. 279. Com efeito, foi preocupação louvável do eminente relator do acórdão embargado afastar de vez e por antecipação a insinuação de que pudesse tratar-se de reexame de matéria de fato. Nessa linha de raciocínio, enfatizou S. Exa: ‘Quando se

¹⁹ AgRg no AG n. 801.488-SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 23.04.2007.

considerasse que o embasamento da demanda se tivesse feito com vista ao vício da simulação, e seu reconhecimento emergisse, por inteiro, da prova, a toda evidência descaberia o apelo para a apuração da sua existência ou não, nos termos da Súmula n. 279. Todavia, antes de apreciá-la e quiçá para aceitá-la, partiu o acórdão, considerando os instrumentos procuratórios transcritos na escritura, que não constituíam eles mandato e pelas razões antes referidas'. Vê-se, de trecho tão elucidativo, que não cuidou o venerando aresto impugnado de proceder à reavaliação da prova, senão de dar nova qualificação jurídica ao ato controverso. E, ao fazê-lo, o respeitável acórdão deparou-se com aquilo que o honrado Ministro Luiz Gallotti denominou de erro conspícuo na qualificação do ato jurídico. Entendeu a douta Turma julgadora que os instrumentos procuratórios revestiam todos os requisitos legais, habilitando o mandatário à prática dos atos neles consignados. Qualificado o ato jurídico como mandato, deram-se-lhe os efeitos que estavam a reclamar a melhor solução da causa. Isto, obviamente, não importou reexame da matéria de fato, razão por que inexistente a suposta divergência jurisprudencial (STF/RTJ 74/144).²⁰

Processual Civil. Recurso especial. Pressuposto de admissibilidade. Exaurimento de vias recursais ordinárias. Inocorrência. Embargos infringentes. Necessidade. Oposição. Aplicação da Súmula n. 207-STJ. Agravo interno desprovido.

I - A Constituição Federal, em seu artigo 105, III, dispôs que cabe ao Superior Tribunal de Justiça “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (...)”.

II - Da expressão “única ou última instância”, depreende-se que o recurso especial apenas é cabível quando restarem esgotadas as vias recursais ordinárias, em razão de sua finalidade de preservação da legislação federal infraconstitucional.

III - Tendo o acórdão recorrido, por maioria de votos, reformado a sentença monocrática, sem que houvesse oposição de embargos

²⁰ (in “Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário”, Luiz Guilherme Marinoni, Revista Jurídica, abril de 2005, n. 330, pp. 18 e 19, nota de rodapé).

infringentes, inviável a abertura da via especial, ante o não-exaurimento das instâncias ordinárias, consoante o disposto no enunciado da Súmula n. 207-STJ.

IV - Agravo interno desprovido.²¹

Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Art. 545, do CPC. Alegação de violação do art. 155 do Regulamento do Imposto de Renda, arts. 185, § 3º, 187, IV e 189 da Lei n. 6.404/1976, art. 110 do CTN e do art. 2º da Lei n. 7.689/1988. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ (*Mandado de segurança. Lei n. 8.880/1994. URV. IGP-M. Correção monetária das demonstrações financeiras*).

1. A interposição do Recurso Especial impõe que o dispositivo de Lei Federal tido por violado, como meio de se aferir a admissão da impugnação, tenha sido apreciado no acórdão recorrido, sob pena de padecer da imposição jurisprudencial do prequestionamento, requisito essencial à sua admissão, atraindo a incidência das Súmulas n. 282 e 356 do STF.

2. Omitindo-se o Tribunal de 2ª Instância a emitir pronunciamento acerca dos pontos tidos como omissos, contraditórios ou obscuros, embora provocado via embargos declaratórios, deve a recorrente especial alegar contrariedade ao art. 535 do CPC, pleiteando a anulação do acórdão, porquanto é “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.” (Súmula n. 211 do STJ).

3. Agravo Regimental desprovido.²²

5 – APLICAÇÃO DO DIREITO À CAUSA

Em se tratando de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a alegada violação legal, poderá “aplicar o direito à espécie” (art. 257 do RISTJ).

Todavia, ao contrário do que acontece nas instâncias ordinárias, em que é pleno o efeito translativo, já que o julgador pode conhecer de

²¹ AgRg no AG n. 859.622-MG, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 06.08.2007.

²² AgRg no AG n. 793.457-MG, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 14.12.2006.



questões de ordem pública *ex officio* sem que incorra em julgamento *extra, ultra* ou *citra petita*, na via especial o efeito translativo se opera de maneira temperada. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça pode conhecer de matéria de ordem pública não prequestionada, desde que o especial seja conhecido por outros fundamentos.

A Súmula n. 456 do Supremo Tribunal Federal preconiza:

Súmula n. 456: O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

Eis os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça a respeito:

Processual Civil. Contribuição previdenciária. Proventos de aposentadoria. Mandado de segurança. Ilegitimidade passiva da autoridade impetrada. Matéria de ordem pública. Prequestionamento. Efeito translativo do recurso especial.

1. Até mesmo as questões de ordem pública, passíveis de conhecimento *ex officio*, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, não podem ser analisadas no âmbito do recurso especial se ausente o requisito do prequestionamento.
2. Excepciona-se caso o recurso especial ensejar conhecimento por outros fundamentos, ante o efeito translativo dos recursos, que tem aplicação, mesmo que de forma temperada, na instância especial.
3. Aplicação analógica da Súmula n. 456-STF, segundo a qual 'O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie'.
4. *In casu*, deveriam os autos regressar à origem por violação ao art. 535 do CPC, porquanto omitiu-se o tribunal quanto à análise da falta de interesse de agir da impetrante, questão alegada desde as informações da autoridade impetrada.
5. Não obstante, ausente uma das condições da ação, deve o processo ser extinto sem julgamento de mérito por absoluta ilegitimidade passiva da autoridade impetrada, aplicando-se o efeito translativo do recurso especial, já que o apelo seria conhecido e provido por violação ao art. 535 do CPC.

6. Impõe-se, em consequência, a anulação *ex officio* do acórdão recorrido e a extinção do processo sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 267, IV e VI, do CPC, por absoluta ilegitimidade passiva da autoridade impetrada.

7. Recurso especial prejudicado.²³

Processual Civil. Embargos de declaração. Recurso especial. Inadmissão. Efeito translativo. Prejudicado.

1. As matérias de ordem pública, ainda que desprovidas de prequestionamento, podem ser analisadas excepcionalmente em sede de recurso especial, cujo conhecimento se deu por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos. Precedentes do STJ: REsp n. 801.154-TO, DJ 21.05.2008; REsp n. 911.520-SP, DJ 30.04.2008; REsp n. 869.534-SP, DJ 10.12.2007; REsp n. 660.519-CE, DJ 07.11.2005.

2. O efeito translativo é inaplicável, quando a matéria refere-se ao mérito da irresignação e o recurso não é admitido.

3. *In casu*, o recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, ora embargante, sequer ultrapassou o juízo de admissibilidade, fato que, evidentemente, obstaculiza a aplicação do efeito translativo, e, conseqüentemente, a análise da prescrição.

4. Embargos de Declaração rejeitados.²⁴

Cumpre ressaltar que a aplicação do efeito translativo na via especial é polêmica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pois há julgados que o afastam por completo, exigindo o prequestionamento mesmo em se tratando de matéria de ordem pública:

Processual Civil. Embargos de declaração. Inovação da lide. Impossibilidade. Matéria de ordem pública. Prequestionamento. Necessidade.

1. Não é possível, em sede de embargos de declaração, inovar a lide, invocando questão até então não suscitada.

2. É indispensável o debate da questão jurídica pelas instâncias ordinárias, ainda que verse sobre matéria de ordem pública,

²³ REsp n. 789.937-GO, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 20.04.2006.

²⁴ EDcl nos EDcl no REsp n. 645.595-SC, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 22.09.2008.



sob pena de não conhecimento do apelo pela ausência do prequestionamento, viabilizador do acesso à instância superior dos recursos excepcionais.

3. Embargos de declaração rejeitados.²⁵

6 – ADMISSIBILIDADE NO CASO DOS RECURSOS REPETITIVOS²⁶

A Lei n. 11.672/2008 não criou propriamente um requisito específico de admissibilidade do apelo nobre - e nesse ponto distancia-se do instituto da “repercussão geral” para o recurso extraordinário (artigos 102, § 3º, da CF e 543-A do CPC) -, mas tratou apenas do processamento a ser observado quando interposto determinado recurso especial na situação particular de ser um entre tantas causas repetitivas.

Em outras palavras, valendo-me de uma estrutura pouco mais esquemática, esclareço que o relator, ao examinar recurso especial em que percebe a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito:

1º) procederá ao exame dos requisitos (pressupostos) genéricos e específicos do recurso nobre;

2º) afetará à Seção as questões de direito que serão julgadas, de modo a serem conferidos ao acórdão os efeitos do art. 543-C, § 7º, do CPC;

3º) expedirá ordem para a suspensão de todos os demais recursos repetidos;

4º) procederá, na seqüência, conforme dispõe o art. 543-C, §§ 3º a 6º, do CPC.

No julgamento do recurso repetitivo, caberá à Seção competente estabelecer corretamente as questões de direito do caso concreto, na medida em que estas é que estão relacionadas à matéria de fundo do recurso especial, ou seja, ao mérito da questão.

²⁵ EDcl no REsp n. 750.406-ES, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 21.11.2005.

²⁶ No sítio eletrônico www.stj.jus.br, consta a relação das matérias já apreciadas nesse sistema - www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=835

Esse é o elemento identificador da controvérsia, que irá determinar a existência ou não de multiplicidade de recursos acerca do tema.

A ausência de qualquer dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial impõe óbice intransponível à apreciação do mérito, de maneira que, em relação aos temas não conhecidos, não se há falar nos efeitos “externos” do recurso (§ 7º do art. 543-C do CPC).

Ademais, a análise dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial não é realizada em abstrato, mas singularmente, no caso concreto, contrariando a lógica de objetivação imposta pelo art. 543-C.

A esse respeito, importante comentário de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina contida na Revista de Processo n. 159:

Assim, por exemplo, em relação ao sobrestamento de recursos extraordinários, o § 2º do art. 543-C estabelece que, decidindo o STF no sentido da inexistência de repercussão geral, os recursos cuja tramitação ficou suspensa, ‘considerar-se-ão automaticamente não admitidos’. Vê-se que *a decisão do STF tem caráter absolutamente vinculante, quanto à inadmissibilidade do recurso em razão da ausência de repercussão geral*. Deverá o órgão *a quo*, portanto, ater-se ao que tiver deliberado o STF a respeito. O mesmo, porém, não ocorre em relação aos recursos especiais: o não conhecimento dos recursos especiais selecionados não importará, necessariamente, na inadmissibilidade dos recursos especiais sobrestados.

No mesmo ponto, extrai-se das notas de rodapé:

4. A solução prevista no § 7º do art. 543-C refere-se, a nosso ver, apenas e tão-somente ao julgamento do mérito do recurso especial, e não à sua inadmissibilidade.²⁷

Dessa forma, as matérias que esbarrarem em óbices de conhecimento deverão ser expressamente excluídas dos efeitos determinados pelo § 7º do art. 543-C.

²⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. “Sobre o novo art. 543-C do CPC: sobrestamento de recurso especiais ‘com fundamento em idêntica questão de direito’ in *Revista de Processo*, ano 33, n. 159. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 216/217.

De outra parte, deve-se tratar ainda das demais matérias que, embora constantes do recurso especial, não forem afetadas ao procedimento dos recursos repetitivos.

Em tese, é competência da Turma a apreciação de pontos que não foram afetados pelo Ministro Relator, ou seja, sobre os quais não repousa multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito. Contudo, vislumbram-se as dificuldades práticas do julgamento fragmentado do recurso, com parte sendo apreciado pela Seção e o restante pela Turma originária.

Por todas, acredito que o recurso deva ser julgado em sua totalidade pela Seção, nos termos do art. 34, XII, do RISTJ, porquanto não haverá prejuízo ao recorrente em ver sua controvérsia apreciada pelo colegiado maior.

Art. 34. São atribuições do relator:

(...)

XII – Propor à Seção ou à Turma seja o processo submetido à Corte Especial ou à Seção, conforme o caso.

7 – REGRAS DE INTERPRETAÇÃO E A POLÍTICA JUDICIÁRIA, NO CASO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO ESPECIAL, À GUIA DE CONCLUSÃO.

Mesmo em se tratando de interpretação do conjunto de normas relativas aos pressupostos de admissibilidade do recurso especial, a lição de Dworkin deve sempre ser lembrada.

Nesse passo, o renomado professor, em sua tese de examinar o “direito” como unidade, propõe ao juiz trabalhar com um sistema jurídico integrado de regras e princípios, no qual se pode extrair, sempre, as melhores soluções para os *hard cases*. Nessas hipóteses, ele afirma que poderia se aventar mais de uma solução, todas legítimas.

Utilizando-se do juiz imaginário, Hércules, compara o trabalho do magistrado ao de um romancista que participa de uma obra coletiva, que, ao redigir o seu capítulo, não pode desconsiderar o que já estava escrito. Afirma que assim também o juiz deve considerar o “sistema”

de direito, interpretando-o com justiça e equidade, de modo a extrair a melhor interpretação para o caso concreto.

Essa interpretação deve ser global, deve ir das regras e dos dispositivos constitucionais mais fundamentais aos detalhes do direito privado. A melhor interpretação é aquela que faz dessa estrutura complexa a melhor estrutura política, e das decisões e leis passadas, o melhor resultado possível.

A teoria de Dworkin demonstra que o juiz não deve ser neutro nos julgamentos, porém deve considerar *standards* elaborados previamente, de acordo com a equidade, para afastar, quanto possível, suas convicções pessoais. Desconstrói a teoria positivista, pois apoia o julgador para, na ausência de regra visando à solução da questão, valer-se do próprio sistema para solucioná-la, mantendo-lhe a integridade dos “princípios fundamentais”.

Nesse particular, em relação à política de aplicação do juízo negativo de admissibilidade do recurso especial, sem perder de vista a necessária jurisprudência “defensiva” do Superior Tribunal de Justiça para criar “filtros” ao recurso especial, sob pena de inviabilizar o funcionamento do próprio Tribunal, é preciso ter em conta também a advertência de Barbosa Moreira: “O que se espera da lei e de seus aplicadores é um tratamento cuidadoso da matéria, que não imponha sacrifício excessivo a um dos valores em jogo, em homenagem ao outro. Para usar palavras mais claras: negar conhecimento a recurso é atitude correta e é altamente recomendável, toda vez que esteja clara a ausência de qualquer dos requisitos de admissibilidade. Não devem os tribunais, contudo, exagerar na dose; por exemplo, arvorando motivos de não conhecimento circunstância de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando sem razão consistente exigências por ele feitas, ou apressando-se a interpretar em desfavor do recorrente dúvidas suscetíveis de suprimimento.”²⁸

²⁸ (in Restrições ilegítimas do conhecimento dos recursos, Revista AJURIS, ano XXXII, n. 100, dezembro de 2005, pp.187/188).

**BREVES APONTAMENTOS SOBRE O PROJETO
DE LEI N. 4.206/2001, QUE TRATA DOS
RECURSOS NO PROCESSO PENAL**

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

*Ministra do Superior Tribunal de Justiça
Mestre e Doutora em Direito Processual pela Universidade
de São Paulo
Professora Doutora de Direito Processual Penal da
Faculdade de Direito da USP*



**BREVES APONTAMENTOS SOBRE O PROJETO DE LEI N. 4.206/2001, QUE
TRATA DOS RECURSOS NO PROCESSO PENAL**
Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Sumário: 1. Introdução: A reforma processual penal – 2. O Projeto de Lei n. 4.206/2001, relativo aos recursos: 2.1 O duplo grau de jurisdição – 3. Principais alterações previstas no Projeto de Lei n. 4.206/2001: 3.1 Recurso de ofício; 3.2 Legitimidade recursal do ofendido e do assistente; 3.3 Alteração de forma de interposição do recurso; 3.4 Reformatio in pejus; 3.5 Recursos: 3.5.1 Agravo; 3.5.2 Apelação; 3.5.3 Embargos infringentes; 3.5.4 Embargos de declaração; 3.5.5 Recurso especial e recurso extraordinário; 3.5.6 Ações de impugnação – 4. Conclusão – Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO: A REFORMA PROCESSUAL PENAL

O advento da Constituição da República, ao mesmo tempo em que deu novo rumo ao processo penal brasileiro, tornou imperiosa uma reforma infraconstitucional, para o fim de adequar o vetusto Código de Processo Penal aos mandamentos constitucionais.

A partir da última década do século XX, o Direito Processual Civil implementou inúmeras reformas pontuais, porém o Processo Penal só mais tarde deu início a tal movimento. Houve quem propugnasse pela idéia de um projeto de Código de Processo Penal inteiramente novo, tendo em vista o fato de que, em regra, a aprovação de projetos pontuais conduz, no mais das vezes, a reformas inconsistentes, sem harmonia e visão de conjunto.¹

¹ Como o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim e o Instituto Transdisciplinar de

A idéia foi, porém, rechaçada pela Comissão de Reforma designada pelo Ministro da Justiça em 2000², diante da constatação de que seria praticamente impossível a aprovação, pelo Congresso Nacional, de assuntos tidos como polêmicos e complexos, tais como o inquérito policial.³ Optou-se pela apresentação de onze Anteprojetos, que depois de discutidos amplamente pela comunidade jurídica, foram transformados em oito Projetos de Lei.

As propostas encaminhadas por iniciativa do Poder Executivo ao Congresso Nacional, no primeiro semestre de 2001, disseram respeito a: i) inquérito policial; ii) prisão e outras medidas cautelares; iii) provas; iv) interrogatório; v) procedimentos; vi) júri; vii) recursos; viii) prisão especial.

Os projetos seguiram o modelo acusatório, em que as funções de investigar, acusar, defender e julgar pertencem a órgãos distintos. Inspiraram-se também nas idéias do Código Modelo de Processo Penal Ibero-Americano, que serviram de base para a reforma levada a efeito na última década em diversos países latino-americanos, como Argentina, Bolívia, Peru, Paraguai, Chile, entre outros.

A tônica da reforma foi o viés constitucionalista, objetivando assegurar o devido processo legal e os valores fundamentais de um processo penal que se tenha como moderno e garantista.⁴

Dos oito projetos, o relativo à prisão especial (Lei n. 10.251/2001) foi aprovado ainda no ano 2001 e, no ano 2003, aproveitou-se parte daquele relacionado ao interrogatório (Lei n. 10.792/2003).

A Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004, representou um marco na reforma do Poder Judiciário brasileiro. E, logo após a

Estudos Criminais – ITEC, dentre outros institutos.

² Presidida pela Professora Ada Pellegrini Grinover, secretariada por Petrônio Calmon Filho e composta ainda por Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti.

³ O inquérito policial, existente desde o século XIX, reproduz modelo em muito assemelhado ao inquisitivo, divergindo a doutrina não apenas sobre a necessidade de sua permanência, nos moldes em que concebido, como também acerca da iniciativa do Ministério Público para a investigação direta, dentre outras complexas questões que envolvem tão antigo instituto.

⁴ Sobre a história e o sentido da reforma, ver Pedro Abramovay, *A Reforma do Código de Processo Penal: A história legislativa de um projeto garantista*. Apresentação. Em MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord). *As reformas no processo penal*. São Paulo: RT, 2008, pp. 5/11.

entrada em vigor da referida Emenda, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário firmaram um *Pacto de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano*, que apontou cerca de trinta projetos de lei tidos como importantes para conferir racionalidade à prestação jurisdicional. A partir de então, o Ministério da Justiça, por meio das Secretarias de Reforma do Judiciário e de Assuntos Legislativos, acompanha as discussões sobre as propostas, com o escopo de aprová-las e inseri-las no ordenamento jurídico.⁵

Na área processual penal, foram destacados cinco Projetos de Lei, considerados essenciais para agilizar o processo penal e adaptá-lo à atual sistemática constitucional, que já tramitavam no Congresso, a saber: júri, provas, procedimento, prisão e medidas cautelares e recursos.

No decorrer do ano 2007, os projetos de reforma tiveram novo impulso, na Câmara dos Deputados, que aprovou aqueles relativos ao Júri, Procedimentos e Prova. Seguiram para o Senado, onde acabaram aprovados, com modificações. De volta à Câmara, os Projetos de Lei n. 4.203/2001 e 4.205/2001 foram ali finalmente aprovados em 14 de maio de 2008; e, o de n. 4.207/2001, em 29 do mesmo mês.

Os três projetos foram sancionados pelo Presidente da República, respectivamente em 9 de junho de 2008 (os dois primeiros) e 20 de junho de 2008, tornando-se as Leis n. 11.689, 11.790 e 11.719, que entraram em vigor após o período de *vacatio legis* de sessenta dias a partir de sua publicação no Diário Oficial, que seu deu, respectivamente, em 10 de junho e 23 de junho de 2008.

Paralelamente, o Projeto de Lei n. 4.208/2001 foi aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados no mês de junho de 2008, após substitutivo apresentado pela Comissão de Segurança Pública daquela casa do Congresso, seguindo para o Senado Federal.⁶

É importante esclarecer, a propósito, que em julho de 2007, o Ministério da Justiça nomeou Comissão⁷, para apresentar sugestões ao

⁵ Cf. Márcio Thomaz Bastos, ex-Ministro de Estado da Justiça, prefácio. *Reforma infraconstitucional do Judiciário*. Brasília: Ministério da Justiça, 2007.

⁶ O Projeto de Lei n. 4.208/2001 recebeu, no Senado o número 111/2008. Para maiores detalhes acerca do mencionado projeto, v. Pierpaolo Bottini. Medidas cautelares: Projeto de Lei n. 111/2008, em MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord). *As reformas no processo penal*. São Paulo: RT, 2008, pp. 448/502.

⁷ Composta por Maria Thereza Rocha de Assis Moura, que presidiu os trabalhos; Alexandre Wunderlich,

Projeto de Lei n. 4.206/2001, originalmente apresentado pela Comissão de Reforma, as quais foram remetidas à Câmara dos Deputados no final daquele ano. Com as modificações feitas pela Comissão de Segurança daquela Casa do Congresso, o texto, em forma de substitutivo apresentado pelo Deputado João Campos, Coordenador do Grupo de Trabalho de Direito Penal e Processo Penal, foi aprovado pelo Plenário no dia 11 de dezembro de 2008.

Não obstante, no mês de junho de 2008, o Senado Federal instituiu comissão de juristas para elaborar anteprojeto de novo Código de Processo Penal.⁸ A Comissão tem o prazo de 180 dias, a contar de 1º de agosto de 2008, para apresentar o anteprojeto ao Senado Federal, onde será formada nova comissão, composta exclusivamente por senadores, para apreciar a proposta que vai resultar no novo CPP.⁹

Tendo em vista a importância do projeto relativo aos recursos, ora em tramitação, e o fato de compor ele a chamada “reforma processual”, este trabalho se ocupará de breves comentários acerca das principais alterações por ele propostas.

2. O PROJETO DE LEI N. 4.206/2001, RELATIVO AOS RECURSOS

O objetivo do Projeto de Lei n. 4.206/2001 é, sem dúvida, dar maior rapidez aos julgamentos. Destacam-se as seguintes alterações, nele contidas:

(i) Extingue o chamado “recurso de ofício”, passando, todos os recursos, a ser voluntários, inclusive com a possibilidade de o Ministério Público recorrer em favor do acusado.

(ii) Extingue o recurso em sentido estrito e cria, em seu lugar, o recurso de “agravo” que, em regra, não terá efeito suspensivo e terá nova sistemática.

Antonio José Campos Moreira, Geraldo Prado e Juliana Garcia Belloque. V. Portaria MJ 1272.

⁸ Composta pelo Ministro Hamilton Carvalhido, que coordena os trabalhos; Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugenio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Félix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Sandro Torres Avelar.

⁹ Cf. notícia veiculada no sítio do STJ em 09.07.2008: <http://www.stj.jus.br/portal/stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=877>, acesso em 12.11.2008.

(iii) Extingue o recurso da carta testemunhável.

(iv) Revoga os arts. 594 e 595 do CPP, previsão esta, aliás, no mesmo sentido da Súmula n. 347 do Superior Tribunal de Justiça.

(v) Modifica a sistemática do recurso de apelação.

De acordo com o Projeto de Lei, a regra atual, de fragmentação em duas etapas processuais (cinco dias para interposição do recurso e oito dias para a apresentação das razões) é alterada, passando a apelação a ser interposta no prazo único de quinze dias, já com as razões inclusas.

(vi) Modifica a disciplina dos embargos infringentes, que passam a ser cabíveis somente quando o acórdão houver modificado a decisão atacada. Adotou-se, neste ponto, tratamento mais próximo do utilizado pelo processo civil, simplificando os dispositivos.

(vii) Altera os embargos de declaração, ampliando o prazo de sua oposição, de dois para cinco dias, e prevendo expressamente que sua oposição interromperá o prazo para interposição de outros recursos para qualquer das partes.

Visualizadas as principais alterações, impõe-se uma análise mais detida do projeto e de seus fundamentos, para que se possa compreender as razões de algumas de suas propostas.

2.1 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Questiona-se na doutrina, em especial a processual civil, se o duplo grau de jurisdição decorre das garantias asseguradas na Constituição da República vigente. E isto porque não vem posto, de forma expressa, como, por exemplo, o devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

A doutrina processual penal, de forma unânime, sempre sustentou que o duplo grau estava, no mínimo, implícito na Constituição, ao tratar do Poder Judiciário e das competências originária e recursal dos tribunais.¹⁰

¹⁰ É certo que, na jurisprudência, nem sempre se entendeu assim. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar, no Pleno, o RO n. 79.785-7/RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 29.03.2000, entendeu que, como existem previsões na Constituição Federal de julgamento de única instância ordinária, particularmente na área penal, pode-se concluir que a Lei Maior não consagra o duplo grau de jurisdição como garantia. Em tal julgamento se entendeu, ainda, que a Constituição prevalece sobre os tratados e convenções de

E, independentemente de tal entendimento, não se pode olvidar que a Constituição da República assegura, no art. 5º, § 2º, que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

E, sobre o tema, há dois instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil e em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, que tratam o tema de forma expressa: o Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU¹¹ e a Convenção Americana de Direitos Humanos.¹²

Tais normas, é inegável, possuem o mesmo nível hierárquico das regras constitucionais, passando a integrar o sistema constitucional por força do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição da República.¹³

direitos humanos. Mas esse entendimento está sendo revisto pela Suprema Corte brasileira, como se verá abaixo.

¹¹ Ratificado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, promulgado pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992.

¹² Ratificado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 27, de 25 de setembro de 1992, promulgado pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

¹³ Embora esse entendimento seja pacífico na doutrina (v., a respeito, Ada Pellegrini Grinover *et al.*, *As nulidades no processo penal*, 9. ed., São Paulo, 2006, p. 86; Antônio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003, v. I, p. 513; Celso Lafer, *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, pp. 16/18; Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 51 e ss.), o Supremo Tribunal Federal vinha entendendo, até recentemente, que o status das normas da Convenção é infra-constitucional: “As normas previstas nos atos, tratados, convenções, ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Judiciário e promulgados pelo Presidente da República ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como atos normativos infraconstitucionais, de mesma hierarquia às leis ordinárias”, in Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n. 1.480-3, medida liminar, relator Ministro Celso de Melo, *Informativo do STF*, Brasília, Assessoria do STF, n. 48, 1996, p. 1. V., ainda, *Habeas corpus* (HC) n. 76.561-3, relator para o acórdão Ministro Nelson Jobim, publicado no Diário Oficial de 02.02.2001. A matéria está atualmente em debate no STF, no HC n. 87.585, tendo o julgamento sido suspenso em 13.3.2008 em razão de pedido de vista do Min. Menezes Direito, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio. O Ministro Celso de Mello ressaltou, em seu voto, que após longa reflexão sobre o tema, notadamente a partir da decisão plenária na ADI n. 1.480-3-MC-DF (acima mencionada), julgou necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que o conduziram, naquela oportunidade, a conferir posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias aos tratados internacionais em geral, qualquer que fosse a matéria neles veiculada. E, após muita reflexão, reformulou seu pensamento, para acolher a orientação que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, o Ministro, citando lição de Celso Lafer, a existência de três distintas situações concernentes aos referidos tratados internacionais: 1) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais aderiu) e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988. Tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição; 2) aqueles que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o país venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC n. 45/2004. Essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o caminho procedimental estabelecido pelo



Ambos os diplomas internacionais asseguram, de forma expressa, “o direito de toda pessoa privada de liberdade recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legalidade da prisão ou outra forma de encarceramento” e “o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”¹⁴; e “direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal”.¹⁵

O Projeto de Lei n. 4.206/2001, com as sugestões apresentadas em 2007, prevê, expressamente, no art. 577, que “a toda pessoa acusada de praticar uma infração penal é garantido o direito de recorrer da sentença a outro juiz ou órgão”, assegurando, assim, o duplo grau.

A redação ficou um pouco diferente da posta no Pacto (que fala em juiz ou tribunal), mas a idéia é a mesma: possibilitar que outro órgão reveja a decisão, não bastando, neste passo, o reexame feito pelo juiz no agravo.¹⁶

A previsão legislativa é no sentido de que o acusado tem o direito de ter a sentença revista, de forma ampla e completa, por outro órgão hierarquicamente superior. Aqui se põe a questão relativa aos julgamentos originários pelos tribunais, porque de tais decisões não cabe apelação para os Tribunais Superiores, que não examinam matéria fática

§ 3º do art. 5º da Constituição; e 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais o país aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC n. 45/2004. Tais tratados assumem caráter materialmente constitucional, “porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade”. Concluiu o Ministro, em seu voto, que “com essa nova percepção do caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, dar-se-á consequência e atribuir-se-á efetividade ao sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana, reconhecendo-se, com essa evolução do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte, o indiscutível primado que devem ostentar, sobre o direito interno brasileiro, as convenções internacionais de direitos humanos, ajustando-se, desse modo, a visão deste Tribunal às concepções que hoje prevalecem, no cenário internacional – consideradas as realidades deste emergentes -, em torno da necessidade de amparo e defesa da integridade dos direitos da pessoa humana.” (Cf. Notícias do STF de 13.03.2008, no endereço eletrônico www.stf.gov.br)

¹⁴ Art. 9º, inciso IV e art. 14, inciso V, do Pacto de Direitos Civis e Políticos.

¹⁵ Art. 8º, inciso 2, alínea h, do Pacto de São José da Costa Rica.

¹⁶ Neste ponto, sugere Geraldo Prado a correção do texto da proposta, para que se adote a redação do Pacto, “muito embora o projeto tenha sido inspirado pelo propósito de inscrever as expressões ‘outro juiz’ e ‘órgão’”. Adverte que: “Ao optar, no entanto, pelo uso isolado da palavra ‘órgão’, o texto poderá ser interpretado perigosamente para além do programa normativo idealizado. Com efeito, o que se pretende é garantir ao acusado o direito de revisão de sentença condenatória, pelo menos uma vez, valendo-se de recurso com amplitude de cognição própria da apelação e que tenha por escopo a tutela de direito subjetivo, e não, como hoje ocorre, limitando-se determinados casos à impugnação a partir de suposta violação do direito objetivo” (Cf. Recursos e ações autônomas de impugnação. Em MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord). *As reformas no processo penal*, São Paulo: RT, 2008, p. 356).

em recurso. Tampouco existe a possibilidade de outro tribunal rever as decisões originárias do STF. O que ocorre é a possibilidade de reexame de matéria de direito, inclusive por meio de recursos internos.

Portanto, resta a discussão acerca de se saber o que significa o princípio do duplo grau de jurisdição: recurso sobre a matéria de fato e de direito?

Tem-se entendido, na esteira do ensinamento da Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes¹⁷, que o duplo grau deve ser entendido como a possibilidade de reexame, uma única vez, da matéria de fato e de direito por uma jurisdição superior, o que leva à consideração de que o recurso especial e o recurso extraordinário não fazem parte do duplo grau, mas funcionam como mecanismo de verificação de ofensa à lei ordinária e à Constituição Federal, já que destinam-se, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, a zelar, respectivamente, pelo ordenamento infra-constitucional e constitucional.

Há, ainda, a considerar a garantia constitucional da não-consideração prévia de culpabilidade, expressamente referida como presunção de inocência nos pactos internacionais, assegurando o art. 5º, inciso LVII, da Constituição, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Dentro deste contexto, tem-se que a reforma processual está inteiramente de acordo com os direitos fundamentais e, em especial, com a garantia da presunção de inocência. Tanto que a Lei n. 11.689/2008, que modificou o procedimento do júri, traz a previsão, no art. 413, § 3º, do CPP, no sentido de que, por ocasião da pronúncia, “o juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código”. Também o art. 387, parágrafo único, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, estabelece que, na sentença, “o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem

¹⁷ Cf. *Recursos no processo penal*. 5. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, pp. 21 e 23 e 27.

prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”. Aliás, a Lei n. 11.719/2008 revoga, ainda, expressamente, o art. 594 do CPP.

Neste passo, o Projeto de Lei n. 4.206/2001, em perfeita sintonia com as leis já aprovadas, revoga, expressamente, os arts. 594¹⁸ e 595 do Código de Processo Penal, não sendo demais lembrar que, no ano 2008, o Superior Tribunal de Justiça editou o verbete 347 de suas Súmulas, no sentido de que “o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”.

O grande desafio que se põe é compatibilizar a garantia constitucional da duração razoável do processo com a infundável interposição de recursos – previstos expressamente no CPP ou mesmo nos regimentos internos dos tribunais. E isto porque a indefinição a respeito da prestação jurisdicional definitiva causa insegurança e sensação de impunidade. Tal constatação não se pode negar.

É preciso racionalizar os recursos e criar condições de julgamento mais célere, já que não se pode conceber que um processo demore por vezes quatro anos para julgamento de apelação, sem contar os recursos que se sucedem, tanto no Tribunal de Justiça como nos Tribunais Superiores.

Esta, aliás, foi uma preocupação demonstrada no Projeto de Lei n. 4.206/2001. E embora a Comissão criada em 2007 para apresentar sugestões ao mencionado projeto não tenha divergido radicalmente da proposta apresentada no projeto da Comissão de Reforma, caminhou, de forma visível, no sentido da racionalidade, como por exemplo, ao tratar dos embargos infringentes e do recurso de agravo, limitando as hipóteses de seu cabimento, como veremos.

O texto que agora se apresenta no Plenário da Câmara dos Deputados para aprovação, como se disse, é oriundo do Substitutivo apresentado pelo Deputado João Campos, que utilizou, como base, as sugestões apresentadas em 2007 pela Comissão, com algumas modificações. E é sobre este texto que este breve comentário se deterá.

¹⁸ Embora possa parecer repetitiva, a previsão contida no Projeto n. 4.206/2001, de revogação do art. 594 do CPP, foi inserida quando ainda não havia sido promulgada a Lei n. 11.719/2008, que contém igual conteúdo.

3. PRINCIPAIS ALTERAÇÕES PREVISTAS NO PROJETO DE LEI N. 4.206/2001

3.1 RECURSO DE OFÍCIO

O chamado recurso de ofício vem previsto no art. 574 do CPP vigente, que dispõe: Os recursos serão voluntários, excetuando-se as seguintes hipóteses, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz: I – da sentença que conceder *habeas corpus*; II – da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411 (absolvição sumária, na redação anterior).

A par de todas as discussões acerca de ser mesmo recurso, reexame necessário, ou “condição de eficácia da sentença”¹⁹, certo é que muito se questionou, após a Constituição de 1988, acerca da sua recepção.²⁰ O projeto vem pôr termo à discussão, prevendo a nova redação do art. 574 que todos os recursos serão voluntários.

Tem-se, ainda, pelo menos quanto ao recurso de ofício no caso de absolvição sumária do júri, que não é ele mais previsto no atual art. 416, que substituiu a redação do art. 411. É que a decisão que absolve sumariamente o acusado põe fim ao processo, sendo suscetível de apelação, nos termos do disposto no art. 416. E a lei não faz qualquer menção a outra possibilidade de impugnação, como o recurso de ofício.²¹

¹⁹ Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover *et al*, *Recursos...cit.*, p. 34.

²⁰ A doutrina, é certo, dividia-se acerca da constitucionalidade do chamado recurso de ofício. Para aqueles que sustentavam que, no novo modelo processual adotado pela Constituição da República de 1988, o processo é de cunho acusatório, não comportando indevidas ingerências (cf., por todos, Geraldo Prado, *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, pp. 105/106). Eugenio Pacelli de Oliveira (*Curso de processo penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pp. 672/674) assevera que, das situações previstas para o reexame obrigatório, “apenas a decisão de absolvição sumária nos procedimentos do Tribunal do Júri poderia enquadrar-se em um conceito mínimo de interesse público a justificar o controle obrigatório (a revisão) do ato judicial”. Mas, houve quem sustentasse a permanência de tal recurso no ordenamento brasileiro, mesmo com a nova ordem constitucional. Julio Fabrini Mirabete. *Código de processo penal interpretado*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 1.189/1.190, afirma que: “Diante da Constituição Federal de 1988, que estabelece como função institucional do Ministério Público promover *privativamente* a ação penal pública, já se entendeu que os dispositivos que obrigam ao recurso *ex officio* foram revogados. Entendeu-se que a apelação de ofício é forma de iniciativa de ação penal, agora exclusiva do Ministério Público, estando revogadas pelo art. 129, I, da CF, as normas que obrigam os juízes a recorrer. Entretanto, deve prevalecer orientação posta, já que o dispositivo constitucional refere-se apenas à iniciativa da ação, e não ao duplo grau de jurisdição”.

²¹ V., a propósito, Luiz Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto. *Comentários às*



Também com relação à absolvição sumária prevista no art. 397, com a nova redação dada pela Lei n. 11.719/2008, não parece existir qualquer dúvida de que a apelação é o único recurso cabível. Até porque o chamado recurso de ofício era previsto em situações excepcionais, expressamente elencadas na Lei, o que não está reproduzido no texto atualmente em vigor.

Em resumo: acaba a previsão, no nosso sistema processual, de recurso de ofício.

Neste ponto, faz-se necessário um esclarecimento: O Projeto de Lei n. 4.206/2001 previa, originalmente, que tendo a apelação resultado desfavorável à defesa por maioria de votos, “o julgamento não terá eficácia enquanto não for reexaminada a matéria da apelação por órgão hoje competente para o julgamento de embargos infringentes”, facultando, no caso, às partes a apresentação de razões.

Tal idéia praticamente adotava o recurso de ofício no caso de embargos infringentes, mas não foi encampada pela Comissão de 2007.

3.2 LEGITIMIDADE RECURSAL DO OFENDIDO E DO ASSISTENTE

A redação do art. 577-A é clara ao estabelecer a legitimidade e o interesse recursais²²: O Ministério Público e o querelante, na ação privada, de um lado; e o acusado ou seu defensor, de outro, têm legitimidade para recorrer. O projeto deixa claro que os legitimados devem possuir interesse jurídico em recorrer, distinguindo-o, assim, do interesse moral.²³

Relativamente ao ofendido e ao assistente da acusação, a regra é a de que somente poderão recorrer no que concerne aos interesses civis. Assim, se o Ministério Público busca e obtém a condenação do acusado, não recorrendo da sentença, não poderá o assistente recorrer para impor pena maior, porque não terá interesse jurídico. Da mesma forma, não prevê o projeto a possibilidade de recurso do assistente da acusação para

reformas do Código de Processo Penal e da lei de trânsito. São Paulo: RT, 2008, pp. 78/79.

²² A propósito do interesse e legitimidade recursais, v. Maurício Zanoide de Moraes, *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, itens 9 e 14; Ada Pellegrini Grinover *et al*, *Recursos...cit.*, pp. 75/87.

²³ Cf. Geraldo Prado, *Recursos e ações autônomas de impugnação...cit.*, p. 363.

impugnar a decisão de pronúncia, objetivando a inclusão de alguma qualificadora.

Manteve, o projeto, a legitimidade do defensor para recorrer em favor do acusado, de forma autônoma e independente.²⁴

Prevê, ainda, o recurso do Ministério Público em favor do acusado, deixando expresso o que hoje já vem sendo aceito, sem restrições, pela doutrina e pela jurisprudência.

3.3 ALTERAÇÃO DA FORMA DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO

A nova redação proposta para o art. 578 exige que o recurso seja interposto por petição, acompanhada das razões.

Há exceções, porém, previstas na própria lei:

(i) Quando interposto pessoalmente pelo acusado. Neste caso, o defensor será intimado para arrazoá-lo no prazo legal.

(ii) Quando a decisão agravável for proferida em audiência (art. 596, § 2º).

A proposta da reforma é a celeridade na tramitação dos recursos. Acaba a velha prática de primeiro interpor o recurso para depois arrazoá-lo. A nova sugestão já é, aliás, utilizada na Lei n. 9.099/1995 para os juizados especiais. Não haverá mais, também, a possibilidade de arrazoar o recurso no tribunal (art. 600, § 4º).

3.4 REFORMATIO IN PEJUS

O art. 580-A, parágrafo único, estabelece regra já aplicada na jurisprudência, que diz com a proibição de *reformatio in pejus* indireta.²⁵

²⁴ V., a propósito, Súmula n. 705 do Supremo Tribunal Federal: “A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta.”

²⁵ Cf. HC n. 37.101-PR, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, j. 19.05.2005, Informativo n. 247, 16 a 20 de maio de 2005; HC n. 91.216-DF, Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ-MG), Sexta Turma, j. 25.02.2008, DJe 10.03.2008; HC n. 82.787-RS, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, j. 04.09.2007, DJ 12.11.2007, p. 258; HC n. 31.485-SP, Relator Ministro Hamilton Carvalho, Sexta Turma, j. 22.02.2005, DJ 11.04.2005, p. 389; EDcl no AgRg no Ag n. 270.231-MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 23.11.2004, DJ 13.12.2004, p. 402, dentre inúmeros outros.



Assim, “declarada a nulidade da sentença, no julgamento de recurso interposto exclusivamente em benefício do acusado, não poderá ser agravada a situação jurídica imposta pela decisão recorrida”.

A previsão se explica porque a declaração de nulidade de ato processual, por força de recurso da defesa, não pode significar a possibilidade de situação mais gravosa em virtude da renovação do ato anulado.

3.5 RECURSOS

O art. 580-B, pela proposta, deixa claro e resolve problema doutrinário quanto à classificação dos pronunciamentos judiciais, definindo sentença, decisão interlocutória e despacho, para afirmar que caberá recurso da sentença e das decisões interlocutórias, estas nas hipóteses do art. 581.

O projeto, quanto ao tema, põe fim à confusão hoje existente entre “sentença definitiva de condenação”, “decisão definitiva, ou com força de definitiva” e a confusão por vezes reinante entre o cabimento de recurso em sentido estrito e apelação.

De acordo com a proposta, sentença “é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, resolvendo ou não o mérito”. Decisão interlocutória, por seu turno, “é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”. E, despachos, “os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte”. E estabelece, de forma clara, quando será cabível o agravo e a apelação.

3.5.1 AGRAVO

A proposta acaba com o recurso em sentido estrito para denominá-lo “agravo”, cabendo das decisões interlocutórias previstas no art. 581.

A Comissão de Reforma, originalmente, havia previsto a possibilidade de interposição de agravo retido de todas as decisões interlocutórias, estabelecendo alguns casos excepcionais em que o agravo seria de instrumento. Porém, diante da realidade do processo penal, hoje, a medida, se adotada, tornaria irracional o sistema processual penal. Além do mais, o acusado sempre terá a possibilidade de se valer do *Habeas Corpus*, que é instrumento contra ameaça ou lesão à liberdade de locomoção.

A Comissão de 2007 preservou a irrecorribilidade das decisões interlocutórias como regra, mas estabeleceu o recurso de agravo (sem adjetivação) nas hipóteses em que houver risco de dano irreparável ao interesse das partes.

Cabe ressaltar que, embora o recurso seja o de agravo, seu processamento não se fará nos mesmos moldes do processo civil.

O rol do art. 581, de acordo com o projeto, é reduzido em relação ao que existe hoje. É que algumas hipóteses originalmente previstas no CPP encontram-se abrangidas pela Lei de Execuções Penais. Além do que, diante das modificações já introduzidas na legislação processual pela reforma, é preciso adequar o sistema recursal.

Dentre as alterações do art. 581 e seus incisos, destacam-se:

(i) Caberá agravo da decisão que receber ou rejeitar parcialmente a denúncia ou queixa (art. 581, I). Já, a rejeição total da peça acusatória será impugnada por meio de apelação, tal como ocorre na Lei de Imprensa.

A modificação se justifica porque a decisão que rejeita totalmente a acusação tem a natureza jurídica de sentença, sendo portanto impugnável mediante apelação.

É evidente que a previsão recursal não afasta a possibilidade de impetração de *Habeas Corpus* sempre que houver alegação de ilegalidade ou abuso de poder.

(ii) Modifica-se a sistemática recursal relativamente às exceções: caberá agravo da decisão que “rejeitar exceção processual” (art. 581, III), divergindo assim da previsão hoje vigente, de recurso em sentido estrito da decisão que julgar procedente as exceções, salvo a de suspeição.

Neste passo, é de se ressaltar que a Lei n. 11.719/2008 trouxe nova disciplina das exceções, que deverão ser opostas pelo acusado no prazo da resposta. Quando elas forem acolhidas caberá apelação, porque o juiz encerrará o processo.

(iii) Apenas a decisão de pronúncia é passível de recurso de agravo (art. 581, IV). A decisão de impronúncia e a de absolvição sumária são atacáveis por apelação, aliás como já prevê o art. 416 do CPP, de acordo com a redação dada pela Lei n. 11.689/2008.



(iv) Inclui-se a possibilidade de agravo da decisão que indeferir ou declarar inadmissível a prova (art. 581, VI).

Isto se justifica tendo em vista a necessidade de adequar o Código às mudanças relativas à prova e ao procedimento, introduzidas, respectivamente, pelas Leis n. 11.690/2008 e 11.719/2008.

(v) De acordo com a previsão contida no projeto, caberá agravo da decisão que “indeferir requerimento de extinção de punibilidade” (art. 581, VII). A disposição vigente contempla a hipótese da decisão que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade.

A alteração se justifica porque a declaração da extinção da punibilidade deve se dar mediante sentença (já que colocará fim ao processo), estando, inclusive prevista a hipótese no art. 397 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008. E, em tal hipótese, caberá apelação.

(vi) A proposta contempla a possibilidade de agravo da decisão que suspender ou não o processo (art. 581, IX).

A hipótese não é contemplada atualmente no CPP, porque somente a partir de 1995 o instituto foi incorporado ao sistema processual, por meio da previsão contida no art. 89 da Lei n. 9.099/1995. De outra sorte, apenas em 1996 deu-se nova redação ao art. 366, que prevê a suspensão do processo quando o acusado, citado por edital, não comparece e nem constitui defensor.

(vii) Conforme previsto no projeto, caberá agravo da decisão que inadmitir ou negar seguimento a recurso (art. 581, XI).

Na verdade, como ficará revogada a carta testemunhável, a hipótese refere-se à decisão que inadmite ou nega seguimento à apelação, porque a não admissão de embargos infringentes, recurso especial e recurso extraordinário desafia, respectivamente, agravo regimental e agravo de instrumento.

Importante previsão está no art. 582, no sentido de que o juiz, quando deixar de admitir ou negar seguimento a recurso, não poderá negar seguimento ao agravo, ainda que intempestivo.

(viii) A proposta deixa expresso que caberá agravo das decisões proferidas pelo juiz da execução (art. 581, XII). O art. 581 do CPP, na

vigente redação, traz inúmeros dispositivos atinentes à execução penal, que não mais são aplicáveis tendo em vista o disposto na Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/1984) e o texto sugerido apenas vem adequar o CPP à previsão já existente na LEP.

Há, também, outras novidades quanto ao agravo:

a) O recurso deverá ser interposto por petição, com as razões, no prazo de 10 dias (arts. 581 e 586). Poderá, ainda, ser interposto oralmente na audiência, a constar do respectivo termo as razões que justifiquem o pedido de reforma da decisão (art. 586, § 2º).

b) Não há previsão de que o ofendido possa interpor agravo, em caso de inércia da acusação. O recurso subsidiário é só quanto à apelação.

c) Em regra, o agravo não terá efeito suspensivo (art. 583). Há, porém, exceções: I- quando, a critério do juiz ou tribunal, tratar-se de decisão que possa resultar lesão grave ou de difícil reparação. II- quando interposto contra decisão de pronúncia ou de desclassificação, no júri (já há a previsão, no art. 427, § 4º, de acordo com a Lei n. 11.689/2008, de que na pendência de recurso contra a decisão de pronúncia não se admitirá o pedido de desaforamento); e III- quando interposto contra decisão que não admitir ou negar seguimento ao recurso de apelação. Fica expresso que não se concederá efeito suspensivo ao recurso interposto das decisões proferidas em execução penal (art. 583, parágrafo único).

d) Há a possibilidade de concessão de efeito suspensivo pelo tribunal, caso o juiz não o faça. Isso vem previsto no art. 611, parágrafo único: “A requerimento da parte, o relator, ou órgão instituído por norma de organização judiciária, decidirá sobre a concessão ou não do efeito suspensivo e comunicará ao juízo a sua decisão”.

e) Diferentemente do que ocorre no processo civil, o agravo será interposto perante o juízo recorrido, com as razões dirigidas ao tribunal, por meio de petição, cujos requisitos estão no art. 586. O traslado das peças será feito pelo serviço judiciário e o § 1º do aludido artigo indica as peças que obrigatoriamente devem compor o agravo.

f) A resposta deve ser oferecida em 10 dias, já com as contra-razões, indicando as peças a serem trasladadas, sem ônus, pelo serviço judiciário (arts. 587 e 588).



g) Norma de organização judiciária poderá instituir órgão do tribunal para decidir sobre a admissibilidade do agravo. A previsão se justifica para assegurar a celeridade (art. 591, parágrafo único).

3.5.2 APELAÇÃO

Várias são as alterações propostas para a apelação:

(i) Elimina-se o termo de interposição e a petição deve vir acompanhada das razões (art. 578), salvo se interposta pelo próprio acusado.

(ii) A apelação de sentença condenatória terá efeito suspensivo, devendo o juiz decidir, motivadamente, sobre a manutenção ou imposição de prisão preventiva ou outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação (art. 597).

Hoje já há a regra do art. 387, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008. Nesse sentido, embora não revogado expressamente, o art. 393, I, está, ao menos, implicitamente revogado, já que não se admite mais a prisão para apelar como mero efeito da sentença condenatória.

(iii) Revoga-se o art. 595, que impedia o processamento da apelação em caso de fuga. A propósito, é de se destacar que a previsão está em consonância com a Súmula n. 347 do Superior Tribunal de Justiça, acima referida.

(iv) A apelação devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada (art. 603-A).

Neste passo, a Comissão de 2007 distanciou-se da previsão original, no sentido de que o tribunal poderia apreciar e julgar todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as houvesse julgado por inteiro. Previa também a possibilidade de o tribunal conhecer os fundamentos da acusação e acolhê-los, ainda que o juiz não os tivesse acolhido.

(v) A existência da apelação não impede a execução provisória, sendo as questões relativas à situação do preso provisório decididas pelo juízo da execução, se necessário em autuação complementar (art. 597, parágrafo único).

(vi) A redação do art. 593 deixa expresso que caberá apelação da *sentença*.

Somente é apelável a sentença que extinguir o processo ou o procedimento, já que, nos termos do art. 580-B, “sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, resolvendo ou não o mérito”.

(vii) A apelação no júri continua vinculada. Assim, só será cabível nos seguintes casos (art. 593, § 1º): a) nulidade posterior à pronúncia; b) sentença do juiz presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova do processo.²⁶

Importante é ressaltar que, pela reforma, não está mais previsto o recurso do protesto por novo júri, conforme disposto no art. 4º da Lei n. 11.689/2008.

(viii) O assistente ou o ofendido poderão, nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, interpor apelação caso o Ministério Público não o faça, e o prazo será de 10 dias a contar da juntada do mandado de intimação. A apelação, neste caso, não terá efeito suspensivo (art. 598 e parágrafo único).

Note-se que, conquanto haja previsão expressa do assistente e do ofendido poderem apelar da sentença, em relação ao agravo tal previsão não existe. A apelação é possível, respeitado o interesse jurídico posto no art. 577-A, § 3º: “O ofendido e o assistente poderão recorrer somente no que concerne aos seus interesses civis”.

A proposta traz várias novidades quanto ao recurso de apelação:

a) A apelação deve ser interposta por petição dirigida ao juiz já acompanhada das razões, no prazo de 15 dias (arts. 593 e 600). Os prazos serão contados em dobro se houver dois ou mais apelantes ou apelados. Mas a regra do art. 603, parágrafo único, permite que o juiz, excepcional e fundamentadamente, diante da complexidade do caso, prorogue o prazo por até mais trinta dias. O assistente arrazoará o recurso em cinco dias, após o prazo do Ministério Público (art. 602).

b) O acusado pode interpor apelação pessoalmente, mas nesse caso, a defesa técnica é chamada a apresentar razões. Caso não sejam

²⁶ Adverte Geraldo Prado (*Recursos e ações autônomas de impugnação...cit.*, p. 392) que embora possa parecer que a alteração proposta seja insignificante (decisão manifestamente contrária à prova do processo e não mais manifestamente contrária à prova dos autos), na verdade quer significar a idéia de que somente com base nas provas colhidas sob o crivo do contraditório é que alguém possa ser condenado.



apresentadas, o acusado será intimado para constituir novo defensor no prazo de 20 dias. Não o fazendo, será nomeado um defensor dativo (art. 606-A e parágrafo único). A proposta é de que em nenhum caso o processo possa ser remetido ao tribunal sem razões ou contra-razões da defesa, tal como na previsão atual.

c) Apresentadas as contra-razões, o juiz reexaminará os requisitos de admissibilidade do recurso (art. 605-A).

A regra repete, nesse passo, as disposições existentes para o processo civil. Da decisão que rever a admissão da apelação, caberá agravo, já previsto no art. 581.

d) No caso de rejeição da denúncia ou queixa, o acusado será citado para contra-arrazoar. Após as contra-razões o juiz poderá reformar ou manter a decisão, no prazo de cinco dias. Não sendo reformada, os autos serão encaminhados ao tribunal (arts. 603-B e 604-A).²⁷

Isso significa que, em tal hipótese, poderá haver juízo de retratação quanto ao recebimento.

e) Somente haverá revisor, no recurso de apelação, nos processos por crimes punidos com pena máxima privativa de liberdade superior a oito anos (art. 613). Diga-se, aqui, que esta previsão não constava sequer na sugestão da Comissão de 2007, mas foi inserida no Substitutivo João Campos.

f) De acordo com o disposto no parágrafo único do art. 597, introduzido pelo projeto, “durante o processamento da apelação, as questões relativas à situação do preso provisório serão decididas pelo juiz da execução, se necessário em atuação suplementar”.

A proposta objetiva definir a competência para exame das questões atinentes à antecipação cautelar dos efeitos da sentença condenatória, impropriamente denominada “execução provisória”, mesmo porque a Lei de Execuções Penais também se aplica ao preso provisório, de acordo com o art. 2º, parágrafo único, da LEP.

²⁷ Nesse sentido é o enunciado n. 707 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo.”

3.5.3. EMBARGOS INFRINGENTES

Contrariando a proposta original da Comissão de Reforma, no sentido de tornar obrigatório o reexame da apelação quando o julgamento for desfavorável ao acusado, por maioria de votos, a Comissão de 2007 optou por tratar os embargos infringentes como recurso voluntário.

O recurso de agravo de instrumento terá disciplina bem parecida do processo civil.

Serão eles cabíveis quando a decisão desfavorável ao acusado, no recurso de apelação e de agravo, não for unânime e houver modificado a decisão. O prazo continua sendo de 10 dias e tem cabimento exclusivamente em prol da defesa, valorizando assim o princípio da presunção de inocência (art. 610).

Importante modificação consiste em, aproximando a disciplina deste recurso com o que vem disposto para o processo civil, prever-se que, quando forem opostos embargos infringentes o prazo para recurso especial e extraordinário, relativamente à parte unânime do julgamento, ficará sobrestado até a intimação da decisão dos embargos. Não sendo estes opostos, há que se operar a preclusão, para que o prazo para recurso especial e extraordinário possa fluir. Esta é a redação proposta para o art. 610, §§ 1º e 2º.

3.5.4 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Há algumas novidades previstas quanto a este recurso:

(i) Os embargos serão opostos oralmente em audiência ou por escrito no prazo de cinco dias, com a indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissão (art. 619 e § 1º).

Acaba, assim, a diversidade de prazos para os embargos declaratórios no processo penal.

Suprimiu-se a “ambigüidade” do julgado para efeito de cabimento. Neste ponto, a doutrina tem entendido que a ambigüidade “nada mais é do que uma das formas pelas quais se manifesta a obscuridade, e é por este motivo, pela falta de clareza que impede o conhecimento dos fundamentos da decisão ou dela própria”.²⁸

²⁸ Cf. Geraldo Prado, Recursos e ações autônomas de impugnação...cit., p. 408.



(ii) Prevê-se, expressamente, a possibilidade de dar efeitos infringentes aos embargos, devendo neste caso a parte contrária ser ouvida no prazo de cinco dias (art. 619, § 2º). A prática, aliás, já vem sendo consagrada na jurisprudência e prestigia o contraditório.²⁹

(iii) O relator poderá indeferir desde logo os embargos, se não forem atendidos seus requisitos (art. 619, § 5º).

(iv) Os embargos de declaração *interrompem* o prazo para a interposição de outros recursos pelas partes (art. 620). Acaba, assim, com a discussão acerca da interrupção e/ou suspensão, principalmente após a entrada em vigor da Lei n. 9.099/1995.³⁰

3.5.5 RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O projeto, quanto aos recursos especial e extraordinário, remete à aplicação da lei específica e dos regimentos internos (art. 620-A). A legislação aplicável, no caso, é a Lei n. 8.038/1990, que regulamenta o recurso especial. A modificação ocorrida no processo civil não se transpôs para o processo penal.

3.5.6 AÇÕES DE IMPUGNAÇÃO

A Comissão de Reforma propôs a alteração do Título do Livro III, do CPP, para “Das nulidades, dos recursos e das ações de impugnação”. Aqui se inserem o *Habeas Corpus* e a revisão criminal, dando a comissão importante contribuição para pôr fim à controvérsia sobre a natureza jurídica de tais institutos.

3.5.6.1 HABEAS CORPUS

Importantes modificações foram sugeridas para este instituto, de natureza constitucional:

(i) O impetrante pode requerer, na petição inicial, que seja intimado para a sessão de julgamento (art. 664, § 2º), aliás como já ocorre nos

²⁹ Cf. RHC n. 19.525-MS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 15.03.2007, DJ 09.04.2007, p. 266; HC n. 46.465-PR, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 27.02.2007, DJ 12.03.2007, p. 266; HC n. 37.686-AM, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. 18.08.2005, DJ 07.11.2005, dentre outros.

³⁰ V., a propósito, art. 83, § 2º, da Lei n. 9.099/1995 e art. 538, *caput*, do CPC.

tribunais superiores, estando inclusive previsto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.³¹

(ii) Fixa-se, no art. 650, a competência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais e das turmas recursais, estas últimas “sempre que os atos de violência ou coação provierem de juiz de Juizado Especial Criminal” (art. 650, IV).

(iii) Prevê-se expressamente a possibilidade de concessão de liminar em *Habeas Corpus*.

Diz a redação proposta pelo art. 656, § 2º: “Caso entenda necessário para fazer cessar imediatamente coação ou ameaça manifestamente ilegais, o juiz ou o relator poderá conceder liminar, antecipando total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida, para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento, ou para determinar providência diversa, de acordo com as peculiaridades do caso”.

É certo que os tribunais não têm encontrado obstáculos à análise de pedido liminar³², mas é bom que fique bem clara e expressa tal previsão.³³

(iv) Mantém-se a possibilidade de concessão da ordem de ofício, pelos juízes e tribunais, quando, no curso do processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal (art. 654, § 3º).

(v) O *Habeas Corpus* poderá, em primeiro grau, ser impetrado oralmente (art. 654, § 2º). Em segunda instância, preservou-se a forma escrita.

³¹ Cf. art. 192, parágrafo único, - A, do Regimento Interno do STF: “Não ocorrendo a apresentação em mesa na sessão indicada no *caput*, o impetrante do *habeas corpus* poderá requerer seja cientificado pelo Gabinete, por qualquer via, da data do julgamento.”

³² A concessão de liminar é amplamente admitida na jurisprudência, ainda que com a observação de que não há no CPP dispositivo legal autorizador para sua concessão. V., por todos: HC n. 111.044-SP, Relator Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ 13.11.2008; HC n. 121.040-SP, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 13.11.2008; HC n. 108.733-SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 25.06.2008; HC n. 108.489-SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 25.06.2008, dentre inúmeros outros.

³³ A doutrina sempre admitiu o cabimento de liminar em *habeas corpus*. É que a combinação de alguns de seus dispositivos permite vislumbrar neles a existência de fundamento legal para a ordem liminar. V., a propósito, Maria Thereza R. de Assis Moura e Cleunice A. V. Bastos Pitombo. *Habeas Corpus* e advocacia criminal: ordem liminar e âmbito de cognição. Em PENTEADO, Jaques Camargo (coord). *Justiça Penal: críticas e sugestões*, São Paulo: RT, 1997, v. 5, pp. 140/146.



3.5.6.2 REVISÃO CRIMINAL

As regras acerca da revisão criminal também sofreram alterações, algumas delas para adequá-la à nova natureza jurídica do instituto, não mais de recurso, mas de ação autônoma de impugnação.

Dentre as novidades, destacam-se:

(i) A redação do art. 623 deixa claro que a revisão criminal é ação, podendo pois ser “proposta” e não “pedida”, como é hoje a redação.

(ii) O texto ajusta o CPP às regras constitucionais, estabelecendo a competência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais (art. 624).

(iii) Há a previsão expressa de que a inicial será indeferida desde logo pelo relator quando manifestamente incabível a revisão, sendo cabível recurso para as câmaras ou turmas criminais reunidas ou para o tribunal, conforme o caso (art. 625, § 3º).

(iv) De acordo com a proposta, a indenização por erro judiciário não será devida se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio condenado (art. 630, § 2º).

Retira-se a previsão da confissão ou a ocultação de prova em seu poder como causa de exclusão da indenização, ficando a redação mais genérica. Também não se incluiu no rol das exclusões o fato da acusação ter sido privada. Qualquer que tenha sido a iniciativa da ação penal, o erro judiciário é de responsabilidade do Estado, porque deriva do exercício da jurisdição.

4. CONCLUSÃO

As inovações contidas do Projeto de Lei n. 4.206/2001 estão inseridas no contexto geral da reforma processual penal, imaginada pela Comissão de Reforma nomeada no ano 2000.

Marcado pela tônica constitucional, o projeto incorpora as regras constitucionais e os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, ao assegurar, de modo expresso, o princípio do duplo grau de jurisdição

e o exercício das garantias postas na Constituição da República, sem descuidar da racionalidade dos recursos e da celeridade processual.

Seria de todo conveniente que o Congresso Nacional concluísse a reforma idealizada há oito anos, uma vez que a esta altura já há descompasso entre algumas previsões contidas nas leis recém aprovadas e a parte ainda não alterada, como ocorre com o tema dos recursos.

Oxalá se possa ter, em breve, um direito processual penal de cunho constitucional, inteiramente novo, com regras claras e postas como garantia aos cidadãos submetidos à coerção estatal.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVAY, Pedro. A reforma do Código de Processo Penal: a história legislativa de um projeto garantista. Em MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord). *As reformas no processo penal*. São Paulo: RT, 2008, pp. 5/11.

BASTOS, Márcio Thomaz. *Reforma infraconstitucional do Judiciário*. Brasília: Ministério da Justiça, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo. Medidas cautelares: Projeto de Lei 111/2008, em MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord). *As reformas no processo penal*. São Paulo: RT, 2008, pp. 448/502.

CANÇADO TRINDADE. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003, v.1.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo batista. *Comentários às reformas do Código de processo penal e da lei de trânsito*. São Paulo: RT, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: 2006.

_____. *Recursos no processo penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, pp. 16/18.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Código de processo penal interpretado*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Maurício Zanoide. Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro. São Paulo: RT, 2000.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; PITOMBO, Cleunice A. V. Bastos. Habeas Corpus e advocacia criminal: ordem liminar e âmbito de cognição. Em PENTEADO, Jaques Camargo (coord). *Justiça Penal: críticas e sugestões*. São Paulo: RT, 1997, pp. 128/166.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. Curso de processo penal. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. Recurso e ações autônomas de impugnação. Em MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: RT, 2008.

**CONSTITUCIONALIDADE DOS
PROCEDIMENTOS EXTRAJUDICIAIS DE
COBRANÇA**

Waldemar Zveiter

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça
(1989-2001)
Desembargador do Tribunal de Justiça do
Rio de Janeiro (1982-1989)
Presidente da Ordem dos Advogados do
Brasil RJ (1973-1977)*



CONSTITUCIONALIDADE DOS PROCEDIMENTOS EXTRAJUDICIAIS DE COBRANÇA

Waldemar Zveiter

1. INTRODUÇÃO

Os meios jurídicos ainda hoje têm se preocupado, verdadeiramente, com a multiplicação das execuções extrajudiciais.

Entendem alguns que o aumento de tais formas de execução consoante as regras estabelecidas pelo *Decreto-Lei n. 70, de 21.11.1966* implica esvaziamento do Poder Judiciário, retirando-lhe o monopólio da função jurisdicional com ofensa a disposições contidas na Carta Constitucional.

A questão não é nova nem pacífica. Controverte-se no que diz com a constitucionalidade.

De um lado, os que se posicionam no sentido da inconstitucionalidade do procedimento sustentam que: “A opção de execução unilateral e extrajudicial consignada no *artigo 29, do Decreto-Lei n. 70, de 21.11.1966*, eiva-se de inconstitucionalidade porque exclui da apreciação do Judiciário relações de direito patrimoniais e contratuais, proibidas pelo § 4º, do *artigo 153 da Constituição*” (*apud* “Da Execução Extrajudiciária no Crédito Hipotecário”, Glézio Rocha, 1ª ed., p. 61). (*obs: CF/1988, art. 5º, inciso XXXV*).

De outro lado, entendendo ser tal procedimento perfeitamente adequado aos princípios constitucionais, situaram-se então de

logo, os julgadores integrantes da *Primeira Turma*, do extinto *Tribunal Federal de Recursos*.

Certo, todavia, é que com o advento da *Lei n. 5.741/1971*, o legislador estabeleceu rito especial e sumário para a *execução judicial*, não restando prejudicada nem a proclamada necessidade de medidas rápidas para cobrança de tais créditos e nem, à época o próprio Sistema Financeiro da Habitação.

2. PRECEDENTES LEGISLATIVOS

Sobre a matéria, afirmando inexistir novidade na execução extrajudicial em acórdão do extinto *T.F.R.*, datado de 1º.09.1972, Relator o eminente Ministro *Jorge Lafayette Guimarães*, observa: “Não há, outrossim, exigência constitucional de ser precedida a venda de processo judicial, sendo de notar que, se em relação às hipotecas, o *Decreto-Lei n. 70/1966* inovou nosso Direito, sempre foi admitida, nos penhores, a venda particular da garantia, por iniciativa do credor, desde que autorizada a assim proceder, pelo contrato (*Código Civil*, art. 774, III; *Código Comercial*, art. 279; *Lei de Falências*, art. 120, § 2º)...”.

A confirmar tal assertiva tome-se a legislação brasileira, no pertinente:

a) *Decreto n. 1.102/2003*, que instituiu regras para o estabelecimento de empresas de Armazéns Gerais, determinando os direitos e obrigações dessas empresas, em especial os arts. 10 e 23, bem como o *Decreto-Lei n. 8.439/1945*, que regulou o serviço de armazenagem nos portos organizados, especialmente o art. 23.

b) *Lei n. 492/1937* que regulou o penhor rural e a cédula pignoratícia, em especial o art. 26. Também o *Decreto-Lei n. 167/1967*, que dispôs sobre títulos de crédito rural, e dando outras providências, quanto aos artigos 59 e 71.

c) *Lei n. 4.591/1964*, que dispôs sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias que em seu art. 63, § 1º consagrou a execução extrajudicial, ao dispor, *verbis*: “Se o débito, não for liquidado no prazo de 10 dias, após solicitação da comissão de Representantes, esta ficará, desde logo, de pleno direito, autorizada a efetuar, no prazo



que fixar, em público leilão anunciado pela forma que o contrato previr, a venda, promessa de venda ou cessão, ou a cessão da cota de terreno e correspondente parte construída e direitos, bem como a sub-rogação do contrato de construção”.

Caio Mário da Silva Pereira observou que não se tratava de *inovação extravagante*, pois a Lei Francesa de 1938 que regulamentou as sociedades de construção e a co-propriedade de imóveis divididos por apartamentos, autorizava a sociedade a excluir o sócio faltoso e a proceder à venda forçada de seu direito sociais, mediante um processo simplificado, inspirado nas execuções da Bolsa (Condomínio e Incorporações);

d) *Lei n. 4.864/1965*, que criou medidas de estímulo à indústria de construção civil e alterou, em parte, a anterior:

e) *Decreto-Lei n. 911/1969*, que alterou a redação do *art. 66 da Lei n. 4.728/1965*, estabelecendo em seu *art. 2º*, drasticamente, que: No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão ou hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo, se houver”.

O eminente ministro *José Carlos Moreira Alves* (“Da Alienação Fiduciária em Garantia”, 1973, p. 207, n. 05) no ponto esclarece: “A venda da coisa alienada fiduciariamente pode ser realizada pelo credor, judicial ou extrajudicialmente. Se preferir a venda judicial, observar-se-ão as regras contidas, a seu respeito, no Código de Processo Civil. Poderá, entretanto, o credor optar pela venda extrajudicial do bem, em consonância com o disposto nos *arts. 2º e 3º, § 5º, do Decreto-Lei n. 911...*”, lembrando que: “portanto, a opção pela venda, extrajudicial, em face da lei, somente será impedida, se no contrato de alienação fiduciária em garantia tiver sido estipulado que a venda se fará judicialmente. É certo que, apesar dessa cláusula, o devedor (ou terceiro garante) poderá renunciar, a qualquer tempo, à faculdade que ela lhe confere”.

Dessa legislação se consta que com larga aplicação no cotidiano, a chamada *execução extrajudicial*.

3. IMPORTÂNCIA DO EXTINTO BNH NO DESENVOLVIMENTO BRASILEIRO

Quais os motivos que levaram o legislador a estabelecer duas formas de execução de créditos relacionados com o *SFH*?

Para responder a esta pergunta é necessário estabelecer e fixar a importância do extinto *BNH* no desenvolvimento brasileiro.

Criado pela *Lei n. 4.380/1964*, com a preocupação do legislador em situar o problema da habitação no contexto mais abrangente do desenvolvimento urbano, tendo em mente o desafio do futuro, teve como objetivo resolver o problema do *deficit* acumulado de moradias, gerado pelo alto crescimento da população e a construção insuficiente. O *BNH* era o centro de um sistema financeiro voltado para a captação da poupança e a aplicação de recursos, a serem investidos num programa de construções residenciais. Aquele sistema financeiro de habitação era, por um lado, complexo, por incluir, como forma de atuação, todas as modalidades utilizadas pelas instituições americanas (assemelhá-las) no campo habitacional; e, ao mesmo, tempo pragmático, porque visava sempre a adaptar seus financiamentos à realidade econômica e social brasileira.

Da declaração, no Encontro de Investidores, em Salvador, em 20.10.1969, tomo de seu Presidente dizeres que tanto confirmam: “Todos têm direito à habitação, este o princípio básico. E ninguém pode deixar de pagar sua aquisição. Mas não é apenas pagar, e sim pagar o preço de custo. Cada adquirente de casa própria deve devolver importância capaz de gerar uma nova moradia igual, a fim de que os recursos se acumulem num volume capaz de trazer, em breve, o empate entre a demanda e a oferta. Só assim se tornará possível a eliminação do *deficit* residencial, acumulado ao longo dos anos da enganosa política de congelamento de aluguéis, numa orgia inflacionária em que nenhum outro item era fixo”.

E, a respeito dos planos de financiamento, em entrevista à Agência Nacional, afirmou: “Todo o plano de financiamento atêm-se a um aspecto de faixa de renda familiar, classificatória da possibilidade de a família pagar a prestação do empréstimo para adquirir a casa. As *COHABs* atendem às famílias com menos de dois ou dois e meio



salários mínimos mensais. Para a renda de dois e meio e cinco salários mínimos, existem as Cooperativas Habitacionais Operárias. Acima de cinco salários mínimos, há o sistema de Poupança e Empréstimos, que normalmente é feito através das Caixas Econômicas e, futuramente, das Associações de Poupança e Empréstimo. Além de 20 salários mínimos, funcionam as Sociedades de Crédito Imobiliário, para a classe média alta, de maior capacidade de amortização mensal, devido à maior renda. Estas são as diferentes portas pelas quais o brasileiro pode entrar no Plano Nacional de Habitação, em função de sua categoria econômica, área de atividade e renda familiar”.

Destaco um dado histórico revelador da extraordinária relevância de que se revestia o cumprimento desses objetivos: financiou em cerca de 3,5 anos 227.679 unidades habitacionais, ou seja, mais de 85.000 unidades das que, por ação direta de órgãos governamentais, foram financiadas e construídas ao longo de 26 anos de tentativas, para dar solução estatal ao crescente problema da demanda de moradias urbanas.

Finalmente, quanto à *correção monetária imposta pela inflação*, em palestra no Rotary Club do Rio de Janeiro, dia 16.07.1969, noticiava: O *Engenheiro Mário Trindade*: “Constatamos erros na aplicação da correção monetária, constatamos Taxas e encargos financeiros não autorizados, a tal ponto que, faz um ano, agora, neste mês de agosto, conseguimos a sanção presidencial de um decreto que regulou a matéria, de tal sorte que o agente pode até perder a carta patente, se cometer alguns dos atos ilícitos ali capitulados. A situação já melhorou bastante, mas é preciso que nos lembremos de que o nosso objetivo fundamental é acabar com a correção monetária, acabando com a inflação. A correção monetária é um mal necessário, digamos assim, enquanto persistirem faixas inflacionárias”.

Pela notável importância, pois, do *BNH*, foi que, afigura-se, o legislador pensou em lhe permitir medidas judiciais rápidas (*Lei n. 5.741/1971*) ou, ainda, as providências extrajudiciais, para resolver com a necessária celeridade as inadimplências, recolocando no mercado as unidades objeto dos contratos respectivos.

Considere-se que tais contratos foram celebrados com suas agências financeiras, firmados livremente, com pleno conhecimento de suas cláusulas e da legislação que os regulam. Tal a importância dessas

avenças, que o *art. 3º*, do *Decreto-Lei n. 474/1969* estabeleceu: “Para efeito de aplicação das normas do *Decreto-Lei n. 960/1938*, entende-se também, por dívida ativa, os créditos da União Federal, Distrito Federal, Estados e Municípios, ou de suas agências financeiras, decorrentes de financiamentos, ou de sub-rogação de garantia, hipoteca, fiança ou aval”.

4. LEGALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DA DÍVIDA HIPOTECÁRIA

a) Dispositivos regulamentadores:

Permite-se a execução extrajudicial da dívida hipotecária no *Decreto-Lei n. 70/1966* - desde que vencidas três ou mais prestações (*art. 21, Lei n. 8.004/1990*), quando dispõe em seu *art. 29*, que “As hipotecas a que se referem os *arts. 9º e 10* e seus incisos, quando não pagas no seu vencimento, poderão, à escolha do credor, ser objeto de execução na forma do Código de Processo Civil ou deste decreto-lei”.

Essa opção foi mantida no *Art. 1º, Lei n. 5.741/1971*, textualmente assim: “Para a cobrança de crédito hipotecário vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação criado pela *Lei n. 4.380/1964*, é lícito ao credor promover a execução extrajudicial de que tratam os *arts. 31 e 32 do Decreto-Lei n. 70/1966*, ou ajuizar a ação executiva na forma da presente lei”.

b) Procedimento:

Quanto ao procedimento usado, primeiramente, o credor escolhe um agente financeiro fiduciário que poderá ser a própria Caixa Econômica Federal, ou qualquer agente financeiro integrante do SFH.

Os agentes financeiros são credenciados pelo Banco Central do Brasil, mediante solicitação.

Nos contratos de financiamento pelo SFH, o agente fiduciário é nomeado pelos contratantes e o credor somente poderá solicitar a execução à entidade especificada como agente fiduciário, não se configurando entre o titular do crédito e o agente cobrador um negócio fiduciário propriamente, pois não se verifica a transferência da propriedade ou do crédito.



O agente financeiro, em verdade, é um mandatário da confiança de ambas as partes, responsável pela cobrança e pela condução do procedimento que culmina com a alienação do bem, se não houver o pagamento do débito. Em nome do devedor atua quando concorda com a adjudicação do imóvel ao credor.

O primeiro passo do agente fiduciário é cientificar o devedor para que, no prazo de 20 dias, purgue a mora. Não purgando o débito, realizará, com o prazo intercalado de 15 dias, o primeiro e segundo leilões.

Ao arrematante é entregue a carta de arrematação que, após registrada, concede a propriedade plena ao seu titular. A purgação da mora é autorizada até o momento da assinatura da referida carta.

5. DA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL

Em sede de doutrina (Glézio Rocha “Da Execução Extrajudiciária no Crédito Hipotecário”) sustenta-se a inconstitucionalidade do procedimento, porque: “Face à pretensão não satisfeita do credor, de receber seu crédito, e por ele provocado, intervém o agente fiduciário para realização da composição. E o faz, como já se viu, transferindo a propriedade do bem hipotecado à revelia ou até contra a vontade do devedor para o arrematante, recebendo deste o dinheiro e o destinando ao pagamento dos débitos do devedor, a este entregando o eventual excesso”.

Ressalta-se que é característica da função jurisdicional sua inércia inicial e o caráter substitutivo sua própria definição - só o Poder Judiciário tem o atributo de se substituir à vontade das partes para aplicar o direito objetivo a uma situação litigiosa.

Nesta ótica, afirma-se que o *Decreto-Lei n. 70/1966* atribui ao agente fiduciário *judicium* e *imperium* para que ele possa tornar efetiva a alienação do bem imóvel dado em garantia hipotecária para, com seu produto, satisfazer o pagamento do mútuo garantido. Ou seja, atribui função jurisdicional a órgão não investido de poderes fundamentais do Estado e ainda faculta a delegação dessa função às instituições financeiras. E nos casos dos empréstimos com garantia hipotecária

não compreendidos no *SFH* essas funções são diretamente atribuídas a tais sociedades comerciais (*art. 30, II, Decreto-Lei n. 70/1966*).

Argumenta-se que se a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário lesão a direito individual não pode, conseqüentemente, atribuir tal apreciação a órgãos não Judiciários, principalmente com poder executório inapelável, o que seria, em última análise, exclusão indireta do Poder Judiciário.

O *Decreto-Lei n. 70/1966* contém sintomas de inconstitucionalidade, uma vez que tolhe o direito-mor de defesa. Afirmar-se isso porque tal diploma legal não permite à parte defender-se e nem mostrar o valor da dívida, discutindo-o e obtendo uma decisão sobre o real montante devido. Sujeita-se o devedor a ter seu patrimônio dilapidado em vendas extrajudiciais adrede dirigidas para favorecer o arrematante ou o adjudicante.

Pelo *art. 5º, LIV*, da *CF/1988*, é patente a inconstitucionalidade do citado Decreto-lei, pois violado está o *devido processo legal* (*due process of law*), já que os direitos de citação, arrolamento de testemunhas, contraditório, juiz natural, prestação jurisdicional, recursos, coisa julgada das decisões, restam suprimidos.

Outros dispositivos da Constituição Federal, segundo se alega, são transgredidos na execução extrajudicial tais os *Art. 5º, XXXV* e *Art. 5º, LV*.

Portanto, tal diploma legal contém vício insuperável de limitação de defesa e de conceder funções jurisdicionais a entidades privadas.

6. DA CONSTITUCIONALIDADE DOS PROCEDIMENTOS EXTRAJUDICIAIS DE COBRANÇA

Mas não há qualquer violação a preceitos constitucionais, *data venia*.

A uma porque a Lei, ao contrário, como se verá não exclui do judiciário qualquer lesão de direito.

A outra por preservar a garantia do devido processo legal, eis que a execução extrajudicial é faculdade que decorre, como visto, da lei que a instituiu.



O próprio Tribunal Federal de Recursos, no aresto invocado, assinala (fls. 02): “Realmente, inconstitucional seria proibir que lesão de direito seja levada à decisão do Poder Judiciário, mas não há restrição neste sentido, e se ilegítima a venda efetuada pelo agente fiduciário, por inobservância da lei ou do contrato, terá o interessado, ao seu dispor, a ação própria para anulá-la...”.

“O Decreto-Lei n. 70, de 21.11.1966, no tocante à execução das dívidas hipotecárias dos devedores na aquisição da casa própria, dá ao credor o direito de opção na execução hipotecária”.

Ou este prefere seguir os ditames da execução judicial de que cuida (*Lei n. 5.741/1971*), ou então escolhe o processo estabelecido pelo referido Decreto-lei, em seus arts. 29, 31 e 38, segundo o comando do art. 1º desta mesma *Lei n. 5.741/1971*.

Não existe, como se vê, qualquer lesão ao direito do devedor.

Não há assim, segundo penso, como se admitir a inconstitucionalidade dos procedimentos extrajudiciais de cobrança. E são vários os argumentos que autorizam tal assertiva.

1º) ao devedor hipotecário está assegurado o direito de propor as ações cabíveis (consignatória, prestação de contas, ou qualquer outra), sempre que entender lesado seu direito individual.

2º) Só não haveria o controle jurisdicional se o próprio texto de lei assim dispusesse.

3º) O Decreto-Lei n. 70/1966 possibilita a purgação do débito, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, sem prejuízo do recurso ao Poder Judiciário.

4º) O Decreto-Lei n. 70/1966, art. 40, impõe rigorosa sanção ao agente fiduciário que não agir legalmente.

5º) O devedor, antes do início da execução, conforme o disposto no art. 31, quando tiver fundada razão para pôr em dúvida a imparcialidade ou inidoneidade do agente fiduciário eleito no contrato, poderá pedir ao juízo competente sua destituição (art. 41, § 1º).

DIREITOS SOCIAIS: QUAL É O FUTURO?

Arruda Alvim

*Advogado em São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília
Professor da PUC/SP e FADISP*



DIREITOS SOCIAIS: QUAL É O FUTURO?

Arruda Alvim

1. Notas introdutórias sobre o surgimento e a definição dos direitos sociais. 2. Das Primeiras Declarações de Direitos Humanos e do Surgimento do Constitucionalismo 3. Dos Direitos Fundamentais de Primeira, Segunda e Terceira Dimensões 4. Do Problema da Efetivação dos Direitos Sociais. 5. Qual é o futuro? 6. Referências.¹

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE O SURGIMENTO E A DEFINIÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Inseridos na categoria dos direitos humanos², os direitos sociais ganharam expressão ampla e genuína consistência com o epílogo do próprio Estado Liberal. Ocorreu que, ante os reflexos sociais e econômicos advindos do processo de industrialização e à vista das

¹ Estudos escritos em homenagem à comemoração dos Vinte Anos do Superior Tribunal de Justiça, por convite do Ministro Fernando Gonçalves.

² É corrente a diferenciação, amparada na Teoria da Constituição de Carl Schmitt, entre direitos humanos e direitos fundamentais, concebendo-se os primeiros como direitos reconhecidos ao ser humano independentemente do ordenamento jurídico nacional em que se insira, pois sua natureza e importância reclama universalização. São, por isso, os direitos humanos objeto dos tratados e declarações internacionais. Já os direitos fundamentais são aqueles assim classificados pelas constituições dos Estados nacionais. Justamente porque a maioria dos direitos humanos encontra-se consagrada em diversas Constituições e sobretudo em se tratando do Estado brasileiro, cuja Constituição é extensa em previsões de direitos e garantias, alguns autores se referem aleatoriamente a direitos humanos ou fundamentais. Para os fins deste artigo, a dissociação é, de certa forma, de pouca utilidade, já que os direitos sociais são reconhecidos tanto no plano dos direitos humanos (plano universal-internacional) como estão também inseridos no rol dos direitos fundamentais das Constituições dos Estados nacionais.

ideologias socialistas, os direitos fundamentais de cunho liberal-burguês tornaram-se insuficientes aos reclamos da sociedade.

A compreensão kantiana dos direitos naturais, calcada na visão do homem sobre si mesmo, e não inserido na coletividade, revelou-se insatisfatória para aplacar os anseios de igualdade material emergentes, o que resultou no acréscimo, aos direitos fundamentais de primeira geração - que consistem basicamente, nas liberdades individuais opostas contra o Estado -, daqueles de direitos de cunho social, voltados à concepção do homem *em sociedade* e, por isso, dependentes da atuação do Estado.

Partindo da premissa de que a concepção individualista do homem natural era insustentável, Leon Duguit preconizou, ainda no limiar do século XX, disse que não era necessário desprezar os códigos para verificar que *a concepção do homem isolado e independente é pura ficção* e que *o homem é um ser social; não pode viver se não em sociedade*. Assim, explicava Duguit que, falar em direitos do homem natural, isolado, do indivíduo em si, separado de seus semelhantes, seria uma contradição nos próprios termos. O direito, por definição, implica uma relação entre os sujeitos; daí ter-se utilizado a expressão - hoje corrente - *função social* para justificar o que então se concebia como direitos individuais³.

A transição de mentalidade que contextualizou o surgimento dos direitos sociais é bem sintetizada por Canotilho ao enunciar que o paradigma sob o qual emergiram os direitos fundamentais inerentes ao Estado Liberal-Burguês, fundado na igualdade formal e nas liberdades negativas, deu lugar, gradativamente, à concepção “republicana” dos direitos fundamentais que, embora também voltada para o homem enquanto indivíduo, deixa de concebê-lo isoladamente para inseri-lo no ambiente social.

Assim é que, como sinaliza o autor:

³ DUGUIT, Leon. *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*. Trad. De Carlos G. Posada. 2ª ed. Madrid: Francisco Beltran Librería Española y Extranjera, s/d, p. 34.



Ao lado desta concepção individualista dos direitos naturais [*i.e., da concepção que deu origem aos direitos fundamentais de cunho liberal-burguês*], cedo se divisou outra linha – na senda dos ideólogos e dos *cientistas*, de Volney, Destutt de Tracy e sobretudo Condorcet – acentuadora da natureza de *troca* dos direitos no âmbito da sociedade. Os direitos naturais continuam a ser considerados como direitos individuais, pois, ao jeito do jusnaturalismo racionalista, o indivíduo pensante e actuante constitui o eixo nuclear do sistema social. Todavia, os direitos do homem são direitos do homem na sociedade, porque a sociedade é o estado normal e material do homem. Estamos a um passo da viragem *positivista*: os direitos naturais são uma *constructa social* e não um dado; a segurança, a liberdade e a propriedade, embora de natureza irrenunciavelmente individual, emergem de convenções ou trocas sociais. A dimensão historicista espreita também já nessa perspectiva: os direitos naturais realizam-se historicamente através de convenções ou trocas sociais⁴.

Na seqüência desta mudança paradigmática, pronuncia-se o surgimento de uma mentalidade que, sem desprezar os ideários burgueses de liberdade, volta-se à construção novos direitos, desenvolvidos sob uma concepção “republicana e positivista”⁵ dos direitos humanos. Tais direitos são denominados ‘sociais’ em vista do momento político - coincidência do Estado Social - e, por conseguinte, da perspectiva filosófica (indivíduo visto sob a ótica socializante) - em que se situa seu surgimento.

O Estado Social, produto do falecimento do liberalismo e do insucesso do socialismo enquanto forma de organização político-estatal, tem como principais fundamentos o regime democrático, a soberania popular e a justiça distributiva. Foi inaugurado pela Constituição de Weimar (1919), cujo conteúdo foi amplamente difundido na Europa, e,

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O círculo e a linha: da «liberdade dos antigos» à «liberdade dos modernos» na Teoria Republicana dos Direitos Fundamentais. In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 18 (é nossa a anotação em destaque, entre colchetes).

⁵ *Idem ibidem*.

em certa medida, pela anterior Constituição Mexicana de 1917.^{6 7} Estes textos constitucionais foram o prólogo dos Estados Sociais de Direito,

⁶ A Constituição do México de 1917 cuidou, de forma pioneira, dos direitos sociais trabalhistas (vg., duração da jornada do trabalho, proibição do trabalho infantil, salário mínimo, direito de greve e sindicalização, remuneração das horas extraordinárias e previdência social), além de ter tido o mérito de relativizar o direito de propriedade em favor do interesse público e da distribuição de riquezas no tocante à propriedade agrícola. Um dos pontos marcantes desta Constituição, como não poderia deixar de ser, reside no enfoque da igualdade sob a perspectiva da proteção às minorias, dentre as quais se inserem o estrangeiro, o indígena e os menores. Outros direitos sociais positivados na Carta Mexicana foram o direito à saúde (art. 4º, § 2º) e o direito à moradia digna (art. 4º, § 4º), a serem providos pelo Estado ou com o apoio dele.

Quanto aos direitos trabalhistas, observa Comparato, “é secundário o fato de que, numa sociedade largamente agrícola, como a mexicana do início do século XX, os direitos trabalhistas interessavam a uma parcela ínfima da população, sem falar na sua inaplicabilidade para as pequenas e médias empresas urbanas”, devendo sobrelevar a circunstância de que “a Constituição Mexicana, em reação ao sistema capitalista, foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho” e, também, “firmou o princípio da igualdade substancial de posição jurídica dos trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de um modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito” (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 181/182).

Já quanto ao direito de propriedade, a Carta Constitucional relativizou o direito à propriedade privada e condicionou o exercício deste ao interesse público, além de haver implementado a primeira reforma agrária no continente americano (*Op. cit.*, pp. 181/182).

Já a Constituição de Weimar teve papel singular na consolidação dos direitos sociais que mais tarde embasariam o constitucionalismo pós-guerra, quando então se verificaram o colapso final do Estado Liberal-Individualista, a derrocada do Socialismo e o questionamento das idéias positivistas. Nesta Constituição se pôde observar a proteção de valores sociais como o idioma (art. 113), a entidade familiar (art. 119), a integridade moral, intelectual e física da juventude (art. 122), a educação (arts. 145 e ss.), a habitação (art. 155). A Constituição de Weimar foi pioneira em instituir a igualdade de direitos entre ambos os sexos (art. 119), preceito que reforçou a igualdade material, tanto quanto a previsão de iguais condições de desenvolvimento físico, espiritual dos filhos legítimos e ilegítimos.

Além destes, o Constituinte Alemão assegurou o direito ao trabalho (art. 157), à liberdade de associação para a proteção e o progresso das condições econômicas e de trabalho (art. 161), propôs a criação de um padrão mínimo para regulação das relações jurídicas de trabalho (art. 162).

⁷ Em monografia sobre o tema, Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro elucida que a preponderância da Constituição de Weimar sobre a Constituição Mexicana no que diz respeito ao surgimento do constitucionalismo social é devida, em parte, à localização da Alemanha no continente europeu, com a conseqüente difusão dos preceitos contidos naquela, e, em parte, ao fato de que a Constituição Mexicana concentrou maior atenção à questão agrária, matéria que ainda não assumira, na Europa, as proporções que houvera alcançado no México, e à questão trabalhista, já conhecida na Europa, embora ainda não positivada em textos constitucionais, ao passo que a Constituição de Weimar continha um rol mais extenso e “universalizante” de direitos sociais. Nas palavras da autora: “Essa preponderância de Weimar sobre a Constituição Mexicana, cronologicamente anterior, deve-se não apenas à circunstância de se tratar de uma constituição promulgada em solo europeu (e não em longínquas terras americanas), mas, também, à natureza mais abstrata e menos local de suas prescrições e à força, autoridade e vivacidade da doutrina constitucional alemã da época, que fez correr pelo mundo as vitórias e as vicissitudes do novo texto republicano.” (PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os Direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã à luz da Constituição Mexicana de 1917. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, v. 43, n. 169, p. 126, jan-mar 2006). No trabalho citado, Bucchianeri identifica alguns exemplos de posituação de direitos coletivos nas Cartas Mexicana e Weimariana, o que, na visão da autora, deve ser atribuído à relação de complementariedade existente entre direitos sociais (segunda geração) e coletivos (terceira geração), ponto que será enfatizado mais adiante.



porquanto erigiram à categoria de direitos fundamentais exigências radicadas na *dignidade da pessoa humana* e, por que não dizer, na solidariedade social, como expõe Canotilho.⁸

Também Ferreira Filho admite serem direitos oriundos da *solidariedade*, embora sob a ressalva de que a utilização desta expressão deve ser reservada aos direitos difusos, denominados de terceira geração: “esse fundamento [dos direitos sociais] é, numa palavra, a solidariedade entre os homens se isso não trouxesse confusão com os direitos de terceira geração, chamados direitos de solidariedade.”⁹

Nessa direção, quando se associa a dignidade da pessoa humana à consecução da igualdade na diversidade (igualdade substancial), é possível falar em *dignidade social*, eis que “não se refere ao indivíduo já desenraizado da abstração contratualista setecentista (‘teorias do contrato social’), mas ao *ser*, na sua dupla acepção de ‘cidadão’ e ‘pessoa’, inserido numa determinada comunidade, na sua relação vertical com o Estado e outros entes públicos, e ‘horizontal’ com os outros cidadãos”¹⁰.

Cuidam-se de direitos que, na visão de Bobbio, emergem de um núcleo genérico “que se desdobra em especificações”¹¹, e que têm sido consagrados por enunciados que *particularizam hipóteses*, de que antes não havia consciência e em relação a situações que não provocavam reclamos sociais.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O círculo e a linha ..., *op. cit.*, pp. 19/24, onde se conclui que: “No fundo, a tensão dos direitos naturais/teoria republicana dos direitos fundamentais residia aqui: o homem era o fundamento dos direitos naturais (e nisso estavam de acordo o republicanismo e o liberalismo), mas o homem de uns é o homem isolado e independente (perspectiva liberal) e para outros é o homem social, fraternal e solidariamente vinculado (perspectiva republicana)” (*op. cit.*, p. 24).

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 51.

¹⁰ QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais: Questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros: 2005, p. 172.

¹¹ Anota autor que esta especificação “consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos. (...) Essa especificação ocorreu seja com relação ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estados normais e estados excepcionais de existência humana. Com relação ao gênero, foram cada vez mais reconhecidas as diferenças específicas entre mulher e homem. Com relação às várias fases da vida, foram-se progressivamente diferenciando os direitos da infância e da velhice, por um lado, e os do homem adulto, por outro. Com relação aos estados normais e excepcionais, fez-se valer a exigência de se reconhecer direitos especiais aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais etc.” (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. 5ª reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 88).

Em nossos dias, fala-se em *direitos da mulher, da criança, do idoso, dos deficientes*, que são particularizações. Destinam-se a atender a *necessidades especiais*. Em relação a esses afirma a nossa Constituição que 'são direitos de todos e dever do Estado'. No plano internacional, podem-se citar diversos tratados e convenções que consagram direitos humanos específicos, como a Convenção de Genebra sobre a Escravatura (1926), a Convenção Relativa aos Prisioneiros de Guerra (1929), as Convenções de Genebra de 1949, sobre a proteção de vítimas de conflitos bélicos, a Declaração dos Direitos da Criança (1959), a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação da Mulher (1959), a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (1971).

Os direitos sociais cuidam, predominantemente, dos direitos daqueles que se encontrem em situações diferenciadas e que, por isso, necessitam de tutela especial do Estado. Tais direitos marcaram uma mudança de enfoque acerca do princípio da isonomia, o qual, até então, era visto pela perspectiva meramente formal - o que, afinal, era conveniente à classe burguesa -, e passou a ser encarado sob a ótica substancial, no sentido de se compensarem as diferenças existentes no plano fático (social, econômico, etc.) mediante tratamento diferenciado da lei.

O *equilíbrio social* é, pois, a tônica do Estado Social de Direito. Se, no período liberal, partiu-se de uma visão do indivíduo isolado, alheio à sociedade, para conceber os direitos de primeira dimensão, já no Estado Social tem-se em mira o homem inserido na sociedade, donde florescem os direitos de segunda dimensão. Estes direitos, embora se já se revistam de cunho social, são ainda, em sua maioria, direitos de natureza individual, eis que somente com a emergência dos direitos de terceira dimensão é que se verão bem definidos os direitos coletivos num sentido amplo e, bem assim, as possibilidades da respectiva tutela pelo Estado.

A afirmação de que os direitos de primeira dimensão (*i.e.*, liberdades provenientes do liberalismo) têm caráter *individualista* ao passo que os direitos de segunda dimensão (*i.e.*, direitos sociais) possuem feição *socializante* não acarreta necessariamente a conclusão de que estes sejam direitos coletivos.

É fato que *alguns* direitos coletivos surgiram em decorrência do Estado Social e que, mesmo no Brasil, sua tutela coletiva pelo processo

judicial foi implantada antes mesmo da expansão dos direitos de coletivos e difusos (foi o que ocorreu, a propósito, com os direitos do trabalhador, como se verifica dos artigos 868 e s. da CLT, que estabeleceu a extensão subjetiva da sentença); cuidam-se, porém, de exemplos pontuais, decorrentes mais da necessidade prática de conferir maior abrangência a eficácia das decisões acerca destes direitos, de molde a permitir sua tutela, do que da consciência científica de que alguns direitos pertencem à coletividade ou à sociedade como um todo. Nem por isso se pode afirmar que os direitos sociais sejam, em regra, coletivos; ao revés, é preciso repisar que os direitos sociais são individuais em sua maioria e que, no Estado Social, ainda não se concebia a visão de direitos coletivos e difusos tal como posteriormente se veio a conhecê-los.

Esse argumento é reforçado por Ingo Wolfgang Sarlet, para quem

A exemplo dos direitos de primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos de terceira dimensão. A utilização da expressão 'social' encontra justificativa, entre outros aspectos que não nos cabem aprofundar neste momento, na circunstância de que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico¹².

Os direitos sociais são, em princípio, direitos individuais vistos sob uma *perspectiva* socializante. Conquanto já estejam inseridos numa concepção de direito que tem em vista o interesse público e social, foram necessários outros fatores evolutivos para a conformação sócio-econômica em que eclodiram os direitos difusos e coletivos, hoje denominados direitos de terceira dimensão. Somente na segunda metade do século XX os direitos coletivos passaram a constituir objeto de estudos doutrinários

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 1988, p. 50.

mais aprofundados e, entre nós, foram alçados a direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXV, da CF).

Em verdade, a circunstância de existirem direitos sociais de índole coletiva corrobora a inexistência de hierarquia entre direitos fundamentais e, até mesmo, a possibilidade interpenetração dos direitos de diversas gerações plano histórico. Importa, porém ter em mente que o traço distintivo dos direitos sociais reside na *mentalidade* socializante em que está inserido seu surgimento, e na sua *finalidade* de propiciar a justiça distributiva.

Outro aspecto distintivo dos direitos sociais, comparativamente às liberdades do Estado Liberal-Burguês, reside na índole *predominantemente prestacional* dos direitos sociais. A expressão *prestacional* designa o direito subjetivo do indivíduo de obter uma prestação do Estado; já o vocábulo *predominantemente* presta-se ao esclarecimento de que também os direitos sociais podem, algumas vezes, conter obrigações negativas (abstenções) do Estado¹³.

De qualquer modo, a postura intervencionista do Estado é o traço distintivo entre direitos de primeira e segunda dimensão: enquanto as liberdades de primeira dimensão demandavam do Estado uma abstenção, de modo a delinear a intervenção estatal mínima sobre a esfera jurídica do indivíduo, as liberdades de segunda dimensão, ao revés, exigem do Estado uma postura ativa, no sentido de assegurar tratamento jurídico diferenciado àqueles que se encontrem em situação de inferioridade social, econômica ou cultural. O Estado, assim, obriga-se a prestações sociais que propiciem a correta distribuição dos direitos individuais.

Em síntese, podem os direitos sociais ser definidos como direitos subjetivos de natureza predominantemente individual, voltados à concretização da dignidade humana em termos substancialmente isonômicos, cuja concretização depende, no mais das vezes, da postura

¹³ Ingo Sarlet elucida bem este ponto: “Ainda na esfera dos direitos de segunda dimensão, há que se atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim chamadas ‘liberdades sociais’, de que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. A Segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho ‘positivo’ possa ser considerado o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais” (SARLET, Ingo Wolfgan. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 50)

ativa do Estado no sentido de assegurar tratamento especial aos indivíduos que se insiram em grupos particulares.

No Brasil inaugurou-se esta previsão de direitos sociais, ao lado dos individuais, com a Constituição de 1934, ao influxo do modelo inaugurado pela precitada Constituição de Weimar, seguida pelas Cartas que lhes sucederam de 1946, 1967, EC n. 1/1969, 1988. A Constituição de 1988 é rica na previsão destes direitos e a legislação ordinária aponta para a defesa crescente das minorias.

Em sede doutrinária, utiliza-se a classificação de José Afonso da Silva, amparada no direito positivo vigente: “a) direitos sociais relativos ao trabalhador; b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; d) direito social relativo à família, criança, adolescente e idoso; e) direitos sociais relativos ao meio ambiente.”¹⁴

Autores da mais alta respeitabilidade há, como o Prof. Augusto Cançado Trindade¹⁵ que se insurgem contra classificações, porque prestariam um desserviço à causa dos direitos humanos (e, dentre estes sediam-se os direitos sociais). Serviriam as classificações a manipulações de governo, com vistas a escamotear a efetividade dos direitos sociais. Essa crítica não é despida de razão, já que, como se verificará no decorrer da evolução dos direitos humanos traçada neste artigo, e de acordo com o prognóstico de Bobbio¹⁶, os direitos sociais não se exaurem em nenhuma enumerações ou classificações, já que se encontram ainda *em multiplicação*.

¹⁴ TRINDADE, Augusto Cançado. Visão Integral dos Direitos Humanos. In: *Relatório Azul 97*, editado pela Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, 1997, p. 2.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1988, p. 289. A classificação é adotada pelo Ministro Carlos Velloso em: VELLOSO, Carlos Mário. *Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil*. Disponível em: http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/velloso_carlos_dos_direitos_sociais_na_cf.pdf

¹⁶ De acordo com o autor: “Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens”. (*Op. Cit.*, p. 19).

2. DAS PRIMEIRAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E DO SURGIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO

Uma vez assentado que os direitos sociais, a par de positivados nas Constituições contemporâneas na condição de direitos fundamentais, enquadram-se também na categoria dos direitos humanos, cumpre-nos proceder a uma breve retrospectiva acerca das primeiras declarações de Direitos Humanos e do surgimento do próprio constitucionalismo, com o fito de melhor contextualizar o objeto de estudo.

Convém adiantar que o constitucionalismo, ou constitucionalismo moderno, surgido no Estado Liberal-Burguês - à luz, portanto, do paradigma individualista, antecedente àquele paradigma socializante sob o qual seriam concebidos mais tarde os direitos sociais -, pode ser delineado à luz do binômio limitação ao poder estatal - ampliação das liberdades privadas.

Veja-se a acepção de constitucionalismo fornecida por Luís Roberto Barroso:

No plano das idéias e da Filosofia, (...) é produto do iluminismo e do jusnaturalismo racionalista que os acompanhou, com o triunfo dos valores humanistas e da crença no poder da razão. Nesse ambiente, modifica-se a qualidade da relação entre o indivíduo e o poder, com o reconhecimento de direitos fundamentais inerentes à condição humana, independentes de outorga por parte do Estado. No plano político, notadamente na Europa continental, a Constituição consagrou a vitória dos ideais burgueses sobre o absolutismo e a aristocracia. Foi, de certa forma, a certidão do casamento duradouro entre o poder econômico – que já havia sido conquistado pela burguesia – e o poder político.¹⁷

Malgrado não se trate de uma declaração de direitos humanos nos moldes das que sucederam a industrialização no século XVIII, a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) de 1689, na Inglaterra, consistiu no *prelúdio* do constitucionalismo social. O rompimento com o

¹⁷ A concepção é de Luís Roberto Barroso, em anotação ao termo “Constituição”. In: BARRETO, Vicente Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/Rio Grande do Sul: Renovar/Unisinos, 2006, p. 146.

regime absolutista foi, então, consolidado pela imposição ao monarca de normas criadas pelo Parlamento e pela separação dos poderes estatais. A nova configuração criou ambiente propício à concretização de direitos humanos, donde se poder extrair, com Comparato, que o *Bill of Rights* criou, “com a divisão dos poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma *garantia institucional*, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os interesses da pessoa humana.”¹⁸

As primeiras Declarações de Direito, contemporâneas da idéia *moderna* de Constituição, foram a de Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, que lhe sucedeu. Esta é de 12 de janeiro de 1776 e a Declaração de Independência é de 14 de julho do mesmo ano. O que se ressalta quanto à Declaração de Independência Norte-Americana é o destaque conferido à soberania popular, pela instituição de princípios democráticos e a previsão da existência de “direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social”¹⁹.

A Declaração de Direitos mais famosa, entretanto, é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que veio no bojo da Revolução Francesa, de 1789. A necessidade de romper a estrutura estamental vigente na sociedade francesa de então, predominantemente agrícola, fez sobrelevarem, dentre os ideais revolucionários - liberdade, igualdade e fraternidade -, a liberdade e a igualdade formal, com a eliminação dos privilégios pertencentes à nobreza e ao alto clero, como era do interesse da burguesia. A destituição do poder monárquico visava, em princípio e em tese, à consolidação da soberania popular e do modelo de democracia representativa. As principais preocupações da burguesia foram consignadas na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e consubstanciavam-se no direito à propriedade privada sem expropriações abusivas e na estrita legalidade na criação e cobrança

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica ...*, op. cit., p. 93. Ainda a respeito do *Bill of Rights* comenta o citado autor que “contrariando o sistema marxista de interpretação histórica, pode-se dizer que, pelo menos na Grã-Bretanha, a revolução política criou condições para a revolução industrial do século seguinte, e não o contrário; ou seja, as relações sociais precederam e tornaram possível a transformação das forças produtivas” (op. cit., p. 95).

¹⁹ *Idem*, p. 107.

de tributos. Acerca do caráter expressamente *sagrado* da propriedade, refere-se Comparato, em tom de crítica, como “um anacronismo”:

Sagrada era a propriedade greco-romana, intimamente ligada à religião doméstica, à casa de família, sede do deus lar, ao terreno adjacente onde ficavam as sepulturas dos membros das *gens*. A sacralidade desses bens, aliás, era bem marcada pela sua fixidez e imobilidade: longe do caráter desprezível das coisas mobiliárias (*res mobilis, res vilis*), a propriedade tradicional é sempre imóvel, à imagem das coisas divinas.

Ora, a revolução burguesa, como bem salientou Marx, desencadeou *o mais rápido movimento de transformação social de todos os tempos*. Tal como o dinheiro, bem central da economia capitalista, tudo pôs-se a circular e a ser trocado. O poder econômico - e com ele a dominação social e a soberania política - deslocou-se da propriedade fundiária para os bens móveis, e destes últimos para os títulos valores e contas bancárias, dissolvendo-se em símbolos, escrituras e códigos eletrônicos. O caráter simbólico da propriedade, se se quiser insistir na qualificação, assumiu nos tempos modernos a abstração simbólica de um mito²⁰.

Como se sabe, a conformação social do Estado liberal, muito embora tenha banido os estamentos sociais e os privilégios clericais e aristocráticos, estava fadada a provocar a insatisfação das camadas menos favorecidas, com o recrudescimento da exploração capitalista à proporção do desenvolvimento econômico.

Nos planos político e jurídico, de outro turno, a associação do surgimento do constitucionalismo à limitação dos poderes do Estado com vistas à garantia dos direitos fundamentais é registrada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Segundo a concepção liberal de constituição, esta é a parte essencial de uma *determinada* organização de estatal – a que visa a garantir a liberdade, por meio de um Estatuto do Poder. Por um estatuto, quer dizer, obviamente, por meio de organização jurídica que não só estruture mas também limite o poder do Estado.

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos ...*, op. Cit., p. 152.



Exatamente essa concepção é que difunde o constitucionalismo. É ela que se concretiza com as revoluções liberais, as quais todas levam ao estabelecimento de constituições.

A constituição não é assim qualquer organização dada ao Estado (...). É apenas a organização que garante a liberdade. Está aí a *constituição-garantia*.

Ela presume direitos naturais do ser humano, direitos anteriores ao Estado, superiores ao Poder, pois Estado e Poder só têm como razão de existência a garantia de tais direitos. Não é por mera coincidência que as primeiras constituições foram precedidas de Declarações – o *Bill of Rights* de Virgínia, de 12 de junho de 1776 (...); a *Declaração de Independência*, de 4 de julho de 1776, que contém uma declaração de direitos, a Constituição americana; e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a Constituição Francesa de 1791.^{21 22}

Nesse contexto de absentéismo estatal e ascensão do individualismo burguês foi que surgiram as constituições modernas, fundadas na perspectiva ainda jusnaturalista de que as liberdades públicas negativas antecederiam à organização estatal e somente poderiam ser concretizadas numa organização que viabilizasse a limitação e o controle do poder político.

A associação entre liberdades públicas com a limitação do poder estatal é enfatizada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao proclamar, no seu art. 16, que “*toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição.*”

As liberdades tradicionais têm como fundamento primeiro a concepção de que homem possui direitos que lhe são inatos, e que precedem a própria sociedade e, por conseguinte, o direito.

²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 78.

²² Especificamente quanto à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, há quem afirme tratar-se de norma verdadeiramente constitucional, conforme se extrai da pertinente análise de Comparato: “A Declaração de 1789, foi, aliás, em si mesma o primeiro elemento constitucional do novo regime político. Pelo fato de ter sido publicada sem a sanção do rei, houve quem a interpretasse, de início, como simples declaração de princípios, sem força normativa. Mas em pouco tempo a assembléia aceitou as idéias expostas por Sieyès em sua obra famosa e reconheceu que a competência decisória por ela exercida emanava diretamente da nação, como poder constituinte, e que o rei não passava de poder constituído, cuja subsistência como tal, de resto, dependia ainda de uma aprovação explícita da assembléia, no texto constitucional a ser votado” (*Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, op. cit., p. 151).

Contudo, a partir do momento em que começam a surgir as declarações escritas destes direitos, mormente no plano internacional, irá, como se demonstrará linhas adiante, operar-se a derrocada da concepção jusnaturalista dos direitos humanos e/ou fundamentais, que cederá lugar, pouco a pouco, ao primado da Lei.

Desta sorte, de forma bastante simplificada, pode-se falar em três fases das Declarações de Direitos Humanos: (i) na primeira, têm lugar as elucubrações e teorias filosóficas que embasam os direitos do homem – o expoente do jusnaturalismo moderno que precedeu às declarações foi, em todos os sentidos, John Locke, que concebeu o homem em seu estado natural, porém, de forma positiva: os homens naturais nascem livres e iguais – cuida-se de uma concepção de direitos humanos *universal* e *naturalista*; (ii) na segunda, tais proposições filosóficas são veiculadas pelas declarações – a afirmação dos direitos do homem deixa, portanto, de ser natural, por encontrar-se *positivada* nas declarações e, em seguida, nas constituições *nacionais*; (iii) a terceira fase sucederá já no século XX, quando da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), quando, então, a afirmação dos direitos será, ao mesmo tempo, *universal* e *positiva*²³.

3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA, SEGUNDA E TERCEIRA DIMENSÕES

A sistematização do contexto político, social e econômico em que se deu a passagem do Estado Liberal para o Estado Social e a análise comparativa entre os paradigmas que permearam estes momentos históricos são essenciais à compreensão dos direitos sociais. Os direitos sociais tinham como meta ou fim os indivíduos, procurando proceder a uma homogeneização desses, com proteção aos mais fracos.

²³ Para uma leitura mais detida das passagens a que ora se alude, cf. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, op. Cit., ..., pp. 28/29. Segundo o autor, as teorias filosóficas, “primeiras afirmações dos direitos do homem”, são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo”; a partir do momento em que estas teorias são acolhidas pelo legislador, com as Declarações de Direitos dos Estados Norte-Americanos e a Revolução Francesa, “e postas nas bases de uma nova concepção de Estado – que não é mais absoluto e sim limitado, não é mais um fim em si mesmo e sim um meio para alcançar os fins que são postos antes e fora de sua própria existência - a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos e efetivos”.

Importante, também, mencionar uma terceira categoria de direitos (direitos de terceira dimensão) que, na seqüência cronológica dos anteriores, mereceu a atenção do Estado no panorama contemporâneo: são os direitos titularizados pela própria sociedade ou por grupos e categorias que dela participem; o gênero dos chamados interesses *difusos* e *coletivos*. No âmbito internacional, os direitos de terceira dimensão se consubstanciam no direito à paz mundial, no direito a uma ordem econômica mundial e no direito ao patrimônio comum da humanidade. Diz-se, destes, que são fruto *da solidariedade* (ou *da fraternidade*, *terceiro cânone da Revolução Liberal*), muito embora já se tenha dito que também os direitos sociais têm um quê de *socializantes*, predicado que não se verificava nas liberdades negativas burguesas.

Como já foi sinalizado, o Estado liberal – *État Gendarme* (*Estado Polícia*), concebido pelas Revoluções Burguesas do século XVIII, tem como principal fundamento o direito à *liberdade* (radicalmente concebida e praticada), porquanto os demais baluartes da ideologia revolucionária francesa (igualdade e fraternidade) não se concretizaram de forma plena e imediata.

A *igualdade* apenas se perfaz sob o prisma *formal*, pressupondo que todos são real e genuinamente iguais, o que deu ensejo à abolição dos privilégios da aristocracia e do alto clero, que empeciam o exercício do poder pela classe burguesa. A *fraternidade*, sequer aludida na Declaração de 1789 e, mesmo quando referida na Constituição de 1791, não chegou a ser praticada; serviu somente como emblema de universalização dos benefícios pregados pelos revolucionários. Isto tanto mais se compreende diante de um Estado que não haveria de intervir na ordem social.

O *Estado de Polícia*, afeiçoado à ordem jurídica vigente, caracterizou-se pela presença avultante do direito privado em contraposição ao poder estatal mínimo, marcado pela intervenção apequenada que se consubstanciava na feitura das leis, polícia e estrutura do Estado. Dentre os traços distintivos da ordem jurídica deste período, destacam-se: (i) *a propriedade*, sagrada à condição de *direito absoluto*; (ii) *a autonomia contratual*, que refletia a máxima de que *tudo o quanto fosse contratado seria considerado justo*, de sorte que o Estado estava impedido de intervir nas manifestações da vontade privada.

A atuação do Poder Judiciário refletia o tecido social sem intervenção do Estado: o órgão jurisdicional não possuía função criadora de direito, sendo sua atividade meramente subsuntiva. Direito e Realidade eram conceitos totalmente dissociados; a norma jurídica (premissa maior), preexistente ao fato (premissa menor), era a este aplicada, numa operação silogística feita pelo juiz, o que situava o *dever-ser* contido na lei em compartimento diverso daquele em que se encontrava o *ser*, correspondente à realidade fática.

A implementação da ordem jurídica fundada numa concepção positivista do direito foi coroada pelas codificações, mormente no âmbito do direito privado, com a perceptível influência do grande diploma da época, o *Código Civil francês*.

Conquanto fossem formalmente reconhecidas como fundantes da ordem jurídica - acolhendo, assim, à distinção entre leis do reino e as do rei, àquelas submissas²⁴ - as constituições eram, à exceção da norte-americana, *praticamente* pouco consideradas, sobretudo no tocante ao direito privado, então compreendido à luz da separação entre as esferas pública e privada. Isso porque, se desde muito antigamente se afirma que as Constituições se sobrepõem ao direito ordinário, a realização prática desta supremacia somente veio a ocorrer isso ocorreu no sistema continental europeu no século XX.

Disse Ripert²⁵ que, com o Código de Napoleão, o reinado do direito começava e que o Código Civil francês foi, durante muito tempo, havido

²⁴ Observou o Ministro Moreira Alves na abertura dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte que “a distinção, na França, de leis do rei e de leis do reino remonta, quando menos, ao século XV. A elas, no último quartel da centúria, se referiu De Harley, que assim as caracterizou, dirigindo-se a Henrique III: *Temos, senhor, duas espécies de leis: umas são as ordenanças de nossos reis, que podem alterar-se conforme a diversidade dos tempos e dos negócios; outras são as ordenanças do reino, que são invioláveis, e pelas quais vós subistes ao trono, e esta coroa foi conservada por vossos predecessores*. Na Inglaterra, no limiar do século XVII, Coke, afastando-se da tradição inglesa de que o parlamento é soberano, sustenta a supremacia da *Common Law* – o direito geral – sobre os poderes do rei. No fundo, a idéia essencial da limitação do poder, a manifestar-se com a afirmação da primazia do Direito, então basicamente o direito consuetudinário e não o direito legal.”. Essa idéia de imposição das normas constitucionais ao poder constituído (primado do Direito sobre o Poder) funda-se no jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII. Com o advento do liberalismo, “reaviva-se a idéia bem antiga de que a fonte verdadeira do poder é a comunidade”; “exalta-se o indivíduo, e se tem como fundamento do governo o contrato da nação, e só assim se legitima”. Em consequência, “o postulado da infalibilidade da lei surge com a Revolução Francesa”. Em que pesasse o surgimento das constituições modernas, a imposição efetiva do princípio da supremacia constitucional somente viria a ser viabilizada no plano prático no século XX (ALVES, José Carlos Moreira. Discurso proferido na abertura dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, n. 83, jan-mar 1987, ano 24).

²⁵ RIPERT, Georges. *Le Déclin du Droit – Études sur la Legislation Contemporaine*. Paris: 1949, LGDJ, n. 2, pp. 2 e ss.



como intangível, dizendo um outro autor que nesse Código somente se poderia tocar “com a mão trêmula”. A idéia de segurança ligava-se em grande parte à de *previsibilidade* e muito mais à de *manutenção do status quo*.

O que parece ser legítimo dizer-se é que os Códigos “eram mais importantes” que as constituições, no plano prático. Se as constituições consagravam direitos, cujo perfil e qualidade foi evoluindo ao longo do tempo, na realidade, pode-se dizer que no século XIX a eficácia das normas constitucionais *restavam represadas ou podiam ficar represadas pelo legislador ordinário*, dado que, se este não criasse condições ordinárias para a eficácia daquelas, não passariam de *normas programáticas*, cujo destinatário era o legislador ordinário. É manifesto o paradoxo, porque o legislador ordinário *limitaria o constituinte*.

A importância secundária das Constituições liberais é sintetizada por Fachini Neto, ao assinalar serem os próprios códigos civis que exerciam a função de “verdadeiras constituições no âmbito das relações jurídicas privadas”²⁶. Desta forma, protegendo a propriedade e autonomia privada de forma absoluta, o Estado situava o direito civil, nascido à margem do Estado, como verdadeiro baluarte da liberdade burguesa, uma liberdade apolítica, que permitia aos particulares dispor de um espaço próprio, sem intromissões do Estado²⁷.

Porém, se o Estado Liberal teve o mérito de concretizar as liberdades individuais, consubstanciadas, dentre outros no direito à vida, a autonomia privada e à propriedade, e vistas à luz do princípio da igualdade formal, verificaram-se nefastos *efeitos colaterais*, que atingiram largos segmentos da sociedade, *formalmente constituídos também por cidadãos; de fato, praticamente párias*.

²⁶ (FACHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 36/37).

²⁷ O deslocamento do eixo privado para o eixo das constituições revolucionárias deflagrou, a propósito: Diferentemente do período anterior, em que os Códigos representavam o eixo central de todo o ordenamento privado, pretendendo disciplinar a totalidade das relações jurídicas do sujeito abstrato sob a égide da autonomia da vontade, esse novo período vê o direito privado deixar os códigos totalizantes em direção à legislação dita ‘extravagante’. Na medida em que as novas constituições rígidas continham verdadeiros programas para o futuro – pois pretendia-se transformar a sociedade, e não só espelhá-la, como buscavam fazer os códigos civis do período anterior – impunha-se o desenvolvimento legislativo e o detalhamento de tais programas”. (FACHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 25).

Constata-se que “a industrialização, realizada sob o signo do *laissez faire, laissez passer*, acentuara o quadro de exploração do homem pelo homem, problema que o Estado Liberal absenteísta não tinha como resolver”²⁸. A reação adveio com o sepultamento do Estado Liberal e com a adoção do Estado Social de Direito.

Além da derrocada do próprio Estado Liberal, diversos fatores contribuíram para a conformação do Estado Social, desde o surgimento das primeiras constituições que consagraram direitos sociais - as já mencionadas Constituição Mexicana de 1917 e Constituição de Weimar, de 1919 -, passando pela instituição das medidas do *New Deal* nos Estados Unidos em virtude da crise econômica ocasionada pela quebra da Bolsa de Valores em 1929, para culminar na efetiva difusão do *Welfare State* no plano mundial, notadamente ao fim da Segunda Grande Guerra e quando do colapso do socialismo.

No planos filosófico e político, o comprometimento da estrutura estatal burguesa inicia-se com o desenvolvimento de ideologias que se contrapõem ao liberalismo e absenteísmo estatal, preconizando por reformas sociais. Dentre estas, podem-se mencionar o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja: aquele, ferrenha crítica à dominação econômica, calcado no idealismo e no enaltecimento da luta de classes com a defesa do uso de força pelo proletariado contra a burguesia; já esta, embora avessa ao uso da força pelo proletariado, atuou em defesa de direitos mínimos para o trabalhador e da intervenção estatal para mitigar os reflexos nocivos do liberalismo exacerbado em detrimento das camadas sociais menos favorecidas.

Ainda, a difusão das idéias marxistas, potencializada pela Revolução Russa de 1917 contribuiu sob dois aspectos para o rompimento da ideologia burguesa: o primeiro, referente à própria compreensão do liberalismo enquanto sistema que perpetua a subsistência da “lei do mais forte”; e o segundo, consistente no “medo de que processos revolucionários semelhantes [*i.e. instauração de governos que estabelecessem a apropriação coletiva dos meios de produção*] pudessem acontecer nos países de capitalismo evoluído”²⁹, que resultou na menor

²⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 16.

²⁹ *Idem*, pp. 16/17 (a anotação em destaque, entre colchetes, é nossa).

resistência na transição do Estado Liberal para o Estado Social. O receio de revoluções socialistas, funcionou, possivelmente, como fator contributivo à aceitação e positivação de certos direitos sociais.

Assim também a gradativa passagem do sufrágio censitário e a para o sufrágio universal serviu como mola propulsora na adoção de medidas típicas do *Welfare State* e reforçaram a necessidade de um Estado Democrático (transição do governo representativo clássico à democracia representativa), em contraposição aos regimes totalitários que se instauraram na Europa e na América Latina do entre-guerras e do segundo pós-guerra.

Como sintetizado por Jorge Miranda:

O Estado social de Direito não é senão uma segunda fase do Estado constitucional, representativo ou de Direito. Por dois motivos: 1º) porque, para lá das fundamentações que se mantêm ou se superam (iluminismo, jusracionalismo, liberalismo filosófico) e do individualismo que se afasta, a liberdade – pública e privada – das pessoas continua a ser o valor básico da vida coletiva e a limitação do poder político a um objectivo permanente; 2º) porque continua a ser (ou vem a ser) o povo como unidade e totalidade dos cidadãos, conforme proclamara a Revolução Francesa, o titular do poder político.

Do que se trata é de articular *direitos, liberdades e garantias* direitos cuja função imediata é o refazer das condições materiais e culturais em que vivem as pessoas); de articular a *igualdade jurídica* (à partida) com *igualdade social* (à chegada) e segurança jurídica com segurança social; e ainda de estabelecer a recíproca implicação entre liberalismo político (e não há, ou não já necessariamente, económico) e democracia, retirando-se do princípio da soberania nacional todos os seus corolários (com a passagem do governo representativo clássico à democracia representativa).³⁰

³⁰ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra; Coimbra Editora, 2002, p. 81.

Essa “segunda fase do Estado constitucional” é também designada por constitucionalismo social,³¹ onde surge a consciência de que determinadas situações haveriam de ser protegidas, por obra do legislador, isto passou a ser feito originariamente através das próprias Constituições, com a previsão de proteção aos direitos sociais, abrigando os direitos fundamentais oriundos das relações de trabalho, referentes à habitação, à saúde, e à educação etc.

Esses direitos sociais (*direitos de segunda dimensão*), porquanto exigem do Estado uma prestação (agir positivo), em contraposição às liberdades tradicionais (*direitos de primeira dimensão*), que apenas demandavam uma postura negativa do – apequenado – Estado Liberal, revelam-se de complexa efetivação, tanto em virtude da generalidade das normas que os conceberam como em decorrência da conflituosidade existente entre os diversos direitos sociais e entre estes e os direitos de primeira dimensão.

Para Bobbio, há, necessariamente, antinomia entre as liberdades tradicionais (= *direitos garantidos quando o Estado não intervém*) e os direitos sociais, a que denomina poderes (= *direitos que exigem intervenção do Estado para sua efetivação*).³² Enquanto “os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos ali os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas”. Por via de consequência, *liberdades (primeira dimensão)* e *poderes (segunda dimensão)* seriam antinômicos no sentido de que “o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral de outros”³³.

³¹ Este novo modelo do Estado refletiu-se, entre nós, na CF de 1934. Foi pela Constituição Federal de 1934 que vieram a ser objeto de previsão os direitos sociais, no seu Título IV do Capítulo II, e, no âmbito do processo, resultou - ainda que sendo instrumento individual contra o Estado - consagrado o mandado de segurança, inserido na parte das *garantias individuais*. Foi com a Constituição Federal de 1988 que se veio a admitir o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inc. LXX).

³² *Op. cit.*, p. 43.

³³ *Op. cit.*, p. 22.

Não se nega a possibilidade - e até a probabilidade³⁴ - de ocorrerem casos em que o exercício de uma *liberdade* por parte de um indivíduo venha a ser obstado ou limitado pelo correlato exercício de um *poder* titularizado por outro, ou por uma comunidade. Porém, isso não corresponde à afirmação de que os direitos de segunda dimensão tenham surgido para ocupar o lugar das precedentes liberdades negativas nem tampouco indica que haja hierarquia entre tais categorias de direitos fundamentais.

Do ponto de vista global da esfera dos direitos protegidos pelo Estado, a necessidade de se tutelarem as liberdades individuais típicas do liberalismo é complementar à exigência de intervenção estatal na promoção dos direitos afetos à dignidade social. É certo que a proteção de um direito individual - qualquer que seja ele - só terá sentido, num Estado Democrático de Direito, se sua efetivação tiver em mira o parâmetro da justiça distributiva.

Eventual conflito entre direitos (ou pretensos direitos) fundamentais estará adstrito a casos particulares, não podendo ser excluída a hipótese de tais direitos pertencerem à mesma categoria (v.g. conflito entre liberdades contrapostas - direitos de primeira geração - ou entre poderes antagônicos - direitos de segunda geração), donde ressalta a conclusão de que a consagração de direitos sociais não leva à exclusão de precedentes liberdades. O que existe é cumulatividade dos precedentes direitos com os sucessivos, naturalmente, com a *necessária acomodação proporcionadora da possibilidade de convivência desses direitos*³⁵.

³⁴ Vide, a propósito, o exemplo de Canaris, relativo ao questionamento acerca da possibilidade de se impor à genitora a obrigação de revelar ao filho a identidade do pai biológico. Contrapõem-se, no caso, dois direitos individuais de categoria diversa: o primeiro, direito à filiação (ainda que possivelmente ilegítima), reflexo das liberdades de segunda dimensão e proveniente da necessidade de uma postura ativa do Estado (ao menos enquanto órgão jurisdicional que determinará o cumprimento da obrigação pretendida); já o direito da mãe pode ser considerado como liberdade tradicional, no sentido de impor ao Estado uma abstenção, qual seja, a abstenção de impor à genitora a obrigação de revelar a paternidade do filho (CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, ..., op. cit., p. 232).

³⁵ Nessa direção, consigna Daniel Sarmento que “não existe qualquer hierarquia entre os direitos individuais e sociais e econômicos.” Aliás, ressalta, “o Estado Social, na sua vertente democrática, não é outra coisa senão uma tentativa de composição e conciliação entre liberdades individuais e políticas e os direitos sociais, possibilidade descartada tanto pelos teóricos do liberalismo como ortodoxo como pelos marxistas”. Por fim, conclui, como nós, que, se não é correto falar em hierarquia de direitos de 1ª e 2ª dimensões, não se pode ignorar ocultar o fato de que os direitos sociais ensejam maiores dificuldades para a sua afirmação concreta do que os direitos liberais”. (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais*..., op. cit., p. 21).

O mesmo se pode dizer quanto à categoria dos direitos que, nos dias contemporâneos, vieram a merecer dos Estados Constitucionais instrumentos destinados a uma proteção maior de grandes partes da sociedade: são os direitos relacionados ao meio ambiente, consumidor, e tantos outros, cuja titularidade seja *coletiva*. Concebe-se a existência *não taxativa* de direitos coletivos, cuja possibilidade de tutela deverá se adequar às características do próprio direito material (em geral, indivisível) e às necessidades de seus titulares (muitas vezes indeterminados ou indetermináveis).

Observa-se, nesse ponto, que os direitos de terceira dimensão³⁶ permitem vislumbrar uma laços de complementaridade ainda mais fortes com os direitos sociais, de segunda dimensão: na medida em que os direitos sociais eram, via de regra, até então tutelados individualmente, a partir do reconhecimento dos direitos de terceira geração, poderão, eventualmente, enquadrar-se também nesta categoria e merecer do Estado - quando no plano jurisdicional - a tutela processual coletiva adequada à sua condição.

Assim, é correto dizer que ação civil pública, que é a ação coletiva por excelência do direito brasileiro, instituída, em princípio, para a defesa de direitos originariamente concebidos como difusos e coletivos (*i.e.*, meio ambiente, consumidor etc.), (*i*) teve sua aplicação ampliada a partir da Constituição de 1988 e, também, da evolução legislativa em torno do art. 1º da Lei n. 7.347, para os direitos sociais que demandem tutela coletiva; e, ainda, (*ii*) que também se aplica, por previsões em leis extravagantes, aos “desdobramentos específicos” do Estado Social, como os direitos coletivos do idoso e do menor.

Analogamente ao que ocorre na relação entre direitos de primeira e segunda dimensões, poderá, eventualmente, haver hipóteses conflito de direitos sociais com os direitos coletivos, o que não implica, porém, na linha do que já se esclareceu, a existência de um embate, no plano teórico, entre as categorias de direitos fundamentais.

³⁶ É a classificação extraível do que dispõe o art. 81, parágrafo único, nos incisos I a III, do Código de Proteção e de Defesa do Consumidor.



4. DO PROBLEMA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Como já foi assinalado, os direitos sociais correspondem a *poderes* a serem exercidos pelos titulares individuais contra o Estado, dependendo sua consecução do equacionamento de questões relativas à *conflituosidade* e à *dificuldade* de delimitação destes direitos quando contrapostos a outros direitos fundamentais. Isso já seria motivo suficiente para a consternação dos juristas diante a questão da efetividade dos direitos sociais, em razão do que Bobbio enuncia que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”³⁷.

As resistências ideológicas ao exercício de liberdades positivas contra o Estado e a escassez de recursos para cumprimento das prestações sociais, agravados *pela ausência de disposições específicas e direcionadas que permitam o enquadramento da realidade à norma, nos moldes em que se procedia no Estado Liberal*, são também elementos complicadores na consecução dos direitos sociais, tanto que costumam ser utilizados como ‘justificativas’ de uma reacionária concepção dos direitos de segunda dimensão como normas meramente *programáticas*.

Destas considerações é possível extrair a inviabilidade, no plano dos direitos sociais, da aplicação do modelo silogístico de enquadramento da realidade ao direito, compartimentos considerados estanques pela ótica positivista que permeou o liberalismo que antecede a formação dos direitos de segunda geração.

Aliado a tudo isso, tem-se o problema de permitir a análise, no âmbito jurisdicional, de questões que foram ou deveriam ter sido solucionadas pelo Poder Executivo, cujas funções restaram, afinal, bem destacadas no período liberal, o que termina por propiciar uma reflexão acerca do Princípio da Separação dos Poderes e da função do juiz enquanto mero aplicador da lei.

O caráter prestacional dos direitos sociais trouxe à tona a necessidade de se reverem os parâmetros que orientam a atuação estatal: a) sob o ponto de vista da atividade legiferante, que envolve a criação de normas infraconstitucionais de textura aberta, devido, de um lado, ao caráter

³⁷ *Op. cit.*, p. 24.

universalizante dos direitos fundamentais sociais; b) sob o prisma da função administrativa, que demandará a administração dos recursos e escolha dos instrumentos disponíveis para cumprimento dos direitos sociais; e, ainda, c) na atuação do Judiciário, impelido que está a se utilizar de critérios que balizem a segurança e a justiça das decisões a serem proferidas nesse âmbito.

Por serem mais difíceis de proteger que as liberdades negativas, os direitos sociais previstos nas Constituições tem de vir acompanhados de instrumentos que lhes viabilizem a efetividade, em todos esses planos (legislativo, administrativo e jurisdicional). Se os *direitos sociais*, mesmo em certa época, ficavam limitados pelo legislador ordinário, pois não poucas vezes foram havidos como normas programáticas, dependentes de legislação comum ulterior, atualmente há a consciência e a prática de que nisto residiu superior paradoxo.

Entre nós, a Constituição da República estatuiu a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político como fundamentos do Estado (art. 1º). Já os objetivos fundamentais da república - *construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 2º) - remontam, todos, de alguma forma, aos direitos sociais e a visão do indivíduo como integrante da sociedade.

A Constituição de 1988 estabelece, ainda, no artigo 6º, um rol de direitos sociais que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” No corpo do texto constitucional podem ser localizados outros dispositivos atinentes à matéria, principalmente no Título VIII, que trata da Ordem Social (arts. 193 e seguintes).

Como decorrência de exigência de efetividade das previsões dos direitos sociais fala-se em um Estado que é devedor de prestações *positivas*. A obra de Peter Häberle, *Grundrechte in Leitungsstaat* (*Veröffentlichungen*



der Vereinigung des Staatslehrer, vol. 30),³⁸ é farta nesse sentido. Em outra obra de Friedrich Müller, *na Teoria Estruturante do Direito com base na Teoria Estruturante do Direito*, em que a precedente obra de Häberle é muito citada, fala-se em *pretensões de prestação dirigidas contra o Estado*.³⁹

A necessidade de tais prestações é hoje indiscutível; já sua concretização suscita controvérsias quanto à forma de atuação do Estado para o cumprimento deste mister e, sobretudo, aos limites desta atividade. Tais questionamentos envolvem discussões acerca (i) *do órgão competente para a declaração e cumprimento de todos (ou de cada espécie de) direito social*; (ii) *dos limites da intervenção Estatal na esfera privada e individual*; (iii) *do modo ideal de se cumprir determinado direito social*. Essa dificuldade vem expressa nas ponderações de Norberto Bobbio:

Descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil⁴⁰.

Considerando que os direitos sociais refletem carências do indivíduo ou de uma coletividade, é de se pressupor, *a priori*, a atuação do legislativo, quando o direito dependa de norma regulamentadora, e a atuação do órgão competente na esfera executiva para o cumprimento das providências práticas (previsão orçamentária, liberação de verba, construção de escolas e hospitais, contratação de profissionais etc.) destinadas à efetivação do direito. Pairando inerte o Estado no tocante àquilo que lhe incumbia para assegurar os direitos sociais, cumpre indagar: a) primeiro, se é possível a atuação do Poder Judiciário no sentido de impelir a atuação estatal, ao que a jurisprudência responde afirmativamente, “desde que a questão seja de ilegalidade”; b) segundo, de que se trata esta “ilegalidade” contida na ressalva e quais são os limites da discricionariedade administrativa e os parâmetros para a verificação da necessidade de atuação legislativa; c) por último, e mais objetivamente, quais

³⁸ Obra publicada em Berlim-NovaYorque, 1972, ed. De Gruyter, especialmente pp. 43 e seguintes.

³⁹ Publicada no Anuario Ibeamericano de Justicia Constitucional, n. 7/ano 2003, pp. 315 e seguintes.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 63.

são os instrumentos voltados ao suprimento das omissões estatais ou à correção da atuação indevida ou insuficiente.

No âmbito do direito brasileiro, e tendo em vista o princípio do acesso à justiça, os remédios constitucionais existentes e amplitude da tutela processual contida no CPC, já se pode afirmar que os instrumentos (processuais) existem. O problema, contudo, que ainda não foi solucionado, diz respeito às situações em que este remédio seja cabível, levando em conta os questionamentos “a” e “b”, precedentes.

De fato, a omissão estatal em assegurar, de maneira eficaz, os direitos sociais é passível de controle pela via jurisdicional: à omissão legislativa, contrapõe-se o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); à omissão ilegal dos poderes públicos em detrimento de direitos líquidos e certos, contrapõe-se o mandado de segurança (art. 5º, LXIX e LXX) e, em casos específicos, voltados aos direitos sociais e coletivos, a ação popular (art. 5º; LXIII), também as ações individuais cominatórias de obrigações de fazer (art. 461 e §§, do CPC) e a ação civil pública (art. 129 da CF) podem veicular pretensões afirmativas, no sentido da implementação de direitos sociais.

Em todos os casos, porém, verifica-se uma hesitação quanto ao cabimento e a abrangência da eficácia dos instrumentos constitucionais e infraconstitucionais voltados à efetivação dos direitos de segunda dimensão, mormente quando se considera exacerbada a intervenção que se pretende do Judiciário sobre os atos praticados pelos demais poderes.

Mas a discussão acerca da admissibilidade de implementação de políticas públicas pela via judicial não é estéril, sendo certo que sua admissibilidade pode ser verificada em alguns casos, mesmo que excepcionais. A jurisprudência, ao que parece, vem, pouco a pouco, abrindo espaço à aplicação imediata do direito constitucional, na linha do que professou o Prof. Claus-Wilhelm Canaris, no prefácio à sua obra *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, em que diz que o século XXI (este século) será o século da aplicação direta das Constituições, inclusive no próprio direito privado⁴¹.

Assim é que, abstraído juízo que se possa fazer acerca da correção dos julgados, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal

⁴¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto.



conferiram aplicabilidade imediata ao artigo 127 da Constituição para, à míngua de lei que disponha especificamente sobre a matéria, autorizar a legitimação extraordinária do Ministério Público na tutela dos direitos *individuais* dos hipossuficientes, assim entendidos os idosos e os menores de idade⁴².

Vale, ainda, referir decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em que o Relator, Celso Mello, ao deixar de admitir Recurso Extraordinário contra acórdão do TJSP, por reconhecer que este fixou rumos para política pública em relação à implantação *de fato* de condições ou aparato destinado à educação⁴³. Fixa-se na decisão do Ministro Celso de Mello que este comportamento do Judiciário deve ser “*excepcional*”, mas, diante da omissão do Executivo e do Legislativo, fica legitimada a interferência positiva do Poder Judiciário.

⁴² “1. A Constituição do Brasil, em seu artigo 127, confere expressamente ao Ministério Público poderes para agir em defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, como no caso de garantir o fornecimento de medicamentos a hipossuficiente. 2. Não há que se falar em usurpação de competência da defensoria pública ou da advocacia privada. Agravo regimental a que se nega provimento. (...)”. STF, 2ª T., RE-AgR n. 554.088-SC; Ministro Eros Grau; j. 03.06.2008, DJe 20.06.2008). “(...) O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo (...)”. (STJ, 1ª T., REsp n. 822.712-RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 04.04.2006, DJ 17.04.2006 p. 196).

⁴³ “(...) - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina”. (STF, Ag n. 677.274-8, Relator Ministro Celso de Mello, j. 18.09.2008).

Ainda no tocante aos instrumentos que viabilizem a consecução dos direitos sociais enquanto liberdade positivas, é de se registrar a recente inclinação do STF por atribuir ao Mandado de Injunção possibilidade de o STF colmatar a lacuna existente no ordenamento, editando a norma para reger a hipótese trazida a julgamento. Esta mudança acaba por ler na CF um instrumento que mais plenamente responde à efetiva proteção dos direitos que podem ser objeto de mandado de injunção, dentro os quais se inserem os direitos sociais, os quais, inclusive, constituíram o foco da mudança de posicionamento do STF acerca da eficácia da decisão proferida em mandado de injunção.⁴⁴

Além dessa orientação do Supremo Tribunal Federal, os Tribunais têm desconsiderado normas infraconstitucionais - como a proibição de que a antecipação de tutela seja irreversível - quando se está diante da saúde⁴⁵, com vistas à obtenção imediata de medicamentos, o que tangencia mesmo para a própria vida, na medida em que a falta de medicamento possa levar à morte.

⁴⁴ Sirva de exemplo o Mandado de Injunção n. 721-7, Distrito Federal, Relator Ministro Marco Aurélio, j. em 30 de agosto de 2007, onde, à falta de norma regulamentadora, indicou o STF o regime jurídico para a hipótese: "Mandado de injunção - Natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. Mandado de injunção - Decisão - Balizas. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. Aposentadoria - Trabalho em condições especiais - Prejuízo à saúde do servidor - Inexistência de lei complementar - Artigo 40, § 4º, da Constituição Federal. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - Artigo 57, § 1º, da Lei n. 8.213/1991.". (STF, Tribunal Pleno, MI n. 721-DF; Relator Ministro Marco Aurélio; j. 30.08.2007, DJe-152-pub. 30.11.2007, DJ 30.11.2007, p. 29, RDDP n. 60, 2008, pp. 134/142). Na mesma linha, o MI n. 758-DF, j. 1º.07.2008, também relatado pelo Ministro Marco Aurélio, DJe 25.09.2008.

Noutra oportunidade, o STF ditou a norma aplicável ao caso concreto para conferir o direito de greve a professores da rede municipal: "O Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior" (MI n. 708 - Mandado de injunção, Ministro Gilmar Mendes, j. 25.10.2007).

⁴⁵ Não são incomuns, no direito brasileiro, a concessão de liminares irreversíveis com o objetivo de ser permitir a realização de cirurgias ou com o fito de determinar o bloqueio judicial de numerário de entes públicos para arcar com os custos com medicamentos, independentemente de previsão orçamentária para tal. Nesse sentido: TJRS, 8ª C. Cível, AI n. 70023155526, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, j. 25.06.2008.



É de se lembrar que, malgrado os direitos sociais constituam, em sua maioria, direitos a uma prestação estatal, em alguns casos, as exigências de igualdade material e solidariedade social podem ser concebidas enquanto direitos à não intervenção estatal, como ocorre, por exemplo, com o direito à liberdade de associação, o direito de greve, e alguns direitos dos trabalhadores.⁴⁶ E os remédios voltados à proteção destas liberdades sociais, em caso de lesão ou ameaça de lesão já são conhecidos, inexistindo maiores questionamentos quanto à possibilidade de se obstar os Poderes Públicos de praticarem atos restritivos aos direitos fundamentais.

5. QUAL É O FUTURO?

A questão que angustia as sociedades e os operadores do Direito, hoje, diz com a *efetivação* dos direitos sociais. E a efetivação destes direitos, como dito, depende apenas em parte da existência de instrumentos *jurisdicionais* disponíveis para impor ao Estado as prestações que lhe incumbem e muito mais de se analisar quais são as *medidas adequadas* para provê-los, o que implica, inclusive, *conhecer as carências existentes e estabelecer a ordem de prioridades frente à escassez de recursos*.

O problema, porém, das desigualdades - internas e externas - na distribuição destes direitos é de índole política, e no plano político deverá ser solucionado. Exatamente no ponto em que se cogita de se *conhecer as carências e estabelecer prioridades* é possível identificar direitos básicos de que dependem outros e que vêm sendo recorrentemente negligenciados.

Deve haver, por exemplo, um sacrifício de determinadas despesas para veicular recursos para a prestação de direitos sociais, porque a saúde e a educação virão a produzir frutos futuros, num tecido social mais sadio; cuida-se, inequivocamente, uma forma de investimento do Estado e da Nação, em si próprios. Diante de uma situação de escassez de recursos, sobrelevar outros direitos sociais àqueles que não sejam básicos ao desenvolvimento físico e intelectual do ser humano soa como estabelecer uma nova forma de desigualdade: a *desigualdade na distribuição de recursos voltados à consecução destes direitos*.

⁴⁶ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, ..., op. cit., p. 50.

Quanto à indagação acerca das *medidas a serem adotadas e de sua adequação*, é função discricionária de nossos representantes políticos - no plano dos poderes executivo e legislativo - fazê-lo e, em caso de aberrações (ilegalidades e inconstitucionalidades) no exercício desta atividade, deverá o Poder Judiciário corrigir os desvios da atividade estatal.

Desta forma, muito mais do que no plano jurisdicional - ou seja, dos *remédios* para a *patologia* -; a solução do problema envolveria uma mudança no plano político e estrutural do Estado - e, portanto, na própria *prevenção* das *patologias* -, no sentido de prover os direitos sociais.

Essa mudança estrutural é de extrema importância, porquanto nos remete ao fundamento da concepção mesma dos direitos sociais, que foram “criados” para equilibrar as diversidades fáticas (sociais, econômicas, culturais e até mesmo físicas etc.) entre os indivíduos e coletividades. E é justamente em virtude das desigualdades que os direitos sociais são providos - ou distribuídos - em maior ou em menor medida.

O cumprimento dos direitos sociais pelo Estado varia à medida das possibilidades deste, donde se concluir que Estados economicamente mais sólidos têm condições de melhor provê-los. Assim também, a prestação destes direitos é proporcional às pressões sociais existentes, do que deflui, no sistema capitalista, a influência da força política e do acesso à informação dos grupos sociais, de molde a colocá-los em condições de reivindicar estes direitos.

É certo, contudo, que na medida em que os direitos sociais são positivados nas constituições, ou previstos em declarações, difunde-se, cada vez mais, a idéia de *solidariedade social* e de *justiça distributiva*. A repercussão destas idéias faz-se sentir no aumento das pressões sociais internas - e, no plano internacional, nas pressões políticas - para a consecução destes direitos e, conseqüentemente, na atuação estatal.

E, na medida em que Constituição Federal de 1988 alçou os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais e prescreveu remédios para sua consecução, pode-se afirmar que o Constituinte *alavancou significativas pressões da sociedade*; e contribuiu para a difusão dos direitos sociais já existentes - e para a multiplicação mesma de novos direitos sociais.



A ampliação do espectro de reivindicação desses direitos é perceptível na evolução gradativa do posicionamento jurisprudencial pátrio, que, se antes restringia, já confere maior abrangência ao cabimento dos remédios voltados à implementação de políticas públicas e à eficácia às sentenças proferidas em ações mandamentais e executivas *lato sensu* (de que são exemplos os mandados de segurança, os mandados de injunção e as ações cominatórias referidas linhas atrás). Cuida-se de demonstração clara da mudança paradigmática no que diz respeito à *concretização de direitos*.

Por outro lado, a *expansão - e multiplicação* - desses direitos é uma tendência natural, registrada no próprio processo evolutivo, como se depreende da observação de Norberto Bobbio, de que, olhando para o futuro, “já podemos entrever a extensão da esfera do direito à vida das gerações futuras, cuja sobrevivência é ameaçada pelo crescimento desmesurado de armas cada vez mais destrutivas, assim como a novos sujeitos, como os animais, que a moralidade comum sempre considerou apenas como objetos, ou, no máximo, como sujeitos passivos, sem direitos”⁴⁷.

Em suma: os direitos sociais existem, *crescentemente*, há aproximadamente um século. E vieram para ficar.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. Discurso proferido na abertura dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, n. 83, jan-mar 1987, ano 24.

BARRETO, Vicente Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/Rio Grande do Sul: Renovar/Unisinos, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução por Carlos Nélon Coutinho. 5ª reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O círculo e a linha: da «liberdade dos antigos» à «liberdade dos modernos» na Teoria Republicana dos Direitos Fundamentais. In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, pp. 19; 63.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUGUIT, Leon. *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*. Trad. de Carlos G. Posada. 2ª ed. Madrid: Francisco Beltran Librería Española y Extranjera, s/d.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 51.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra; Coimbra Editora, 2002.

PINHEIRO, Maria Cláudia Buchianeri. A Constituição de Weimar e os Direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã à luz da Constituição Mexicana de 1917. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, v. 43, n. 169.

RIPERT, Georges. *Le Déclin du Droit – Études sur la Legislation Contemporaine*. Paris: 1949, LGDJ, n. 2, pp. 2 e ss.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1988.

SILVA, Virgílio Afonso da (org). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros: 2005.

TRINDADE, Augusto Cançado. Visão Integral dos Direitos Humanos. In: *Relatório Azul 97*, editado pela Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, 1997.

VELLOSO, Carlos Mário. *Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil*. Disponível em:

http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/velloso_carlos_dos_direitos_sociais_na_cf.pdf).



**DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL
NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: SEPARAÇÃO
CONSENSUAL JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL**

Humberto Martins

Ministro do Superior Tribunal de Justiça



**DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002:
SEPARAÇÃO CONSENSUAL JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL**
Humberto Martins

Sumário: 1. Introdução. 2. Sociedade conjugal e casamento. 3. O rol de causas extintivas da sociedade e do vínculo conjugal (casamento) do art. 1.571, CCB/2002. 4. Morte presumida. 5. Separação de fato. 5.1. Separação de fato: conceito e abrangência. 5.2. Separação de fato e regime de bens. 5.3. Separação de fato e deveres conjugais. 5.4. Separação de fato e reconstituição do vínculo afetivo. 6. Separação judicial. 6.1. Separação judicial consensual ou por mútuo consentimento. 6.2. Procedimento de separação judicial consensual. 6.3. Conversão de separação judicial litigiosa em separação judicial consensual. 7. Separação extrajudicial consensual. 7.1. Fundamento jurídico-político e problemas constitucionais da nova espécie de separação. 7.2. Procedimento da separação extrajudicial consensual. 7.3. Intervenção do Ministério Público. 7.4. Filhos menores ou incapazes. 7.5. Caráter opcional da separação extrajudicial por mútuo consentimento. 8. Efeitos da dissolução da sociedade conjugal por meio da separação judicial por mútuo consentimento ou pela separação extrajudicial. 9. Restabelecimento da sociedade conjugal.

1. INTRODUÇÃO.

O Direito de Família no Brasil atravessa uma fase de intensas mudanças. A própria nomenclatura da disciplina jurídica tem sido objeto de discussão, com algumas obras recentes cuidando de um “Direito das Famílias”, como a significar a existência de não mais

um único modelo familiar, a dita família clássica, e sim uma pluralidade de situações fáticas, merecedoras de reconhecimento jurídico (família monoparental, família reconstituída, família decorrente de uniões livres).¹ A jurisprudência, e nisso o Superior Tribunal de Justiça tem papel essencial, deve exercer o necessário ofício de adequar certos pontos defendidos na dogmática ou em grupos de pressão ao equilíbrio de posturas que a sociedade brasileira espera, conforme seus valores e suas convicções.

Um dos capítulos do Direito de Família, mais propício à análise, é o campo da dissolução da sociedade conjugal no Código Civil de 2002, que emprestou novas feições ao tema. É precisamente esse o objeto do presente estudo.

2. SOCIEDADE CONJUGAL E CASAMENTO.

É interessante, do ponto de vista técnico-jurídico, definir o que seja *sociedade conjugal* e *casamento*, conceito equiparado a *vínculo conjugal*, cuja distinção é conservada pelo Código de 2002.

O casamento é a relação jurídica de comunhão plena de vida entre homem e mulher, que abrange a própria sociedade conjugal e elementos outros, como o devedor de assistência mútua, respeito e consideração, sustento, guarda e educação dos filhos. Equivale ao chamado *vínculo conjugal*. A sociedade conjugal é uma figura parcelar do casamento. Ela nasce concomitantemente com o matrimônio, embora possa ser desfeita antes da extinção do vínculo conjugal. A sociedade conjugal, portanto, define-se como a comunhão patrimonial (regime de bens) e pessoal (coabitação e fidelidade recíproca) entre marido e mulher.

3. O ROL DE CAUSAS EXTINTIVAS DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL (CASAMENTO) DO ART. 1.571, CCB/2002.

A Constituição Federal de 1988, após um intenso processo de *constitucionalização formal e material* das regras de Direito de Família,

¹ As duas obras mais recentes com esse enfoque são: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; LOBO, Paulo Luiz Neto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.



fez menção expressa ao divórcio e à separação judicial em seu art. 226, § 6º, quando afirmou: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

O Código Civil concentra, no art. 1.571, o rol de causas extintivas da sociedade conjugal e do casamento, da forma seguinte: a) *sociedade conjugal*: morte de um dos cônjuges; nulidade ou anulação do casamento; separação judicial; divórcio; b) *casamento*: morte de um dos cônjuges; c) divórcio; d) morte presumida.

A leitura apressada do art. 1.571 pode conduzir a alguns equívocos.

Primeiro, a morte de um dos cônjuges, nela incluída a morte presumida por ausência, e o divórcio *extinguem* tanto a sociedade conjugal quanto o casamento. Na verdade, dissolver o casamento implica extinguir a sociedade conjugal, quando o inverso não é necessariamente verdadeiro.

Segundo, a anulação do casamento, indicada como causa extintiva da sociedade conjugal, é, também, causa de dissolução do casamento. Só que atua como elemento solvente do casamento *inválido*. Daí a razão de o parágrafo primeiro do art. 1.571 reservar ao casamento *válido* as causas específicas da morte e do divórcio. A forma confusa com que a matéria foi tratada, porém, conduz a essa aparente antinomia.

Terceiro, em termos rigorosos, a anulação do casamento, o que o pressupõe inválido, retroage à celebração. Logo, não seria propriamente uma dissolução, mas uma declaração de invalidez, que atingiria o plano da eficácia. Como efeitos residuais do nulo, porém, ter-se-iam situações reconhecidas juridicamente como casamento putativo.²

Dessa forma, ter-se-ia como apresentar o seguinte quadro dogmático sobre a dissolução da sociedade conjugal e do casamento:

a) *Casamento válido*: divórcio, morte (equiparada a essa a morte presumida).

² “Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.”

b) *Casamento inválido*: nulidade ou anulação (tecnicamente não ocorria dissolução, mas extinção por invalidade).

c) *Sociedade conjugal*: morte de um dos cônjuges; nulidade ou anulação do casamento; separação judicial; divórcio.

4. MORTE PRESUMIDA.

A inclusão da morte presumida, que se dá na ausência (arts. 6º e 22, CCB/2002), como causa de dissolução do *vínculo conjugal* representa um interessante acréscimo do novo Código.

Com isso, resolveu-se o problema da qualificação do cônjuge do ausente, que, no direito anterior, poderia ser caracterizado como viúvo, semiviúvo ou ainda casado, o que, neste último caso, implicaria a necessidade de propor ação de divórcio contra o ausente. Era esse o entendimento dogmático majoritário.³ Recorde-se que o art. 315, parágrafo único, do Código de 1916, expressamente excluía a morte presumida como causa de dissolução do matrimônio. Por mais duradouro que fosse o estado de ausência, ele não dissolvia o vínculo conjugal.

5. SEPARAÇÃO DE FATO.

5.1. SEPARAÇÃO DE FATO: CONCEITO E ABRANGÊNCIA.

Antes de examinar as duas principais hipóteses de extinção da sociedade conjugal e do casamento, a saber, a separação e o divórcio, é conveniente analisar o problema da separação de fato.

Ela pode ser definida como um fato jurídico eficaz, caracterizado pela interrupção efetiva e estável da convivência conjugal não declarada judicialmente, como leciona Massimo Bianca.⁴

A separação de fato apresenta três caracteres dignos de apreciação: ⁵

³ PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. 22; CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. pp. 69/70.

⁴ Citado por: NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Direito de família*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5. p. 199.

⁵ NADER, Paulo. *Op. cit.* p.199.



a) Sua ocorrência não se confunde com situações episódicas (viagens, ausências temporárias para tratamento de saúde ou de interesses profissionais) ou temporárias, ainda que dilatadas no tempo, ao estilo de serviço militar ou civil no exterior.

b) A separação pode-se dar por mútuo consentimento dos cônjuges, o que não gera qualquer eficácia negativa, ao exemplo do art. 1.573, inciso IV, CCB/2002, que considera como causa de impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de “*abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo*”.

c) Se unilateral e durável por mais de um ano, como já exposto, pode servir de fundamento para qualificar a impossibilidade de comunhão de vida (art. 1.573, inciso IV, CCB/2002). Como consequência, poderá o cônjuge requerer a separação judicial, com fundamento no § 1º do art. 1.572, CCB/2002.⁶

5.2. SEPARAÇÃO DE FATO E REGIME DE BENS.

Rigorosamente, a separação de fato não extingue a sociedade conjugal e, com isso, em tese, permanecem válidas as regras atinentes ao regime de bens. O Código Civil, no entanto, abre algumas exceções. Por exemplo, o indivíduo separado de fato pode constituir união estável, nos termos do art. 1.723, § 1º, CCB/2002. Dito de outro modo, a circunstância de se encontrar casado, mas faticamente separado, não é mais considerada como impedimento jurídico ao reconhecimento da validade e da eficácia da união estável.

Afirmou-se que a extinção do regime de bens não é afetada *em tese* pela separação de fato, porque na tópica jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça há fissuras nessa tese.

A Corte, por exemplo, entende que “os bens adquiridos por um dos cônjuges após a separação de fato não integra o acervo a ser partilhado pelo casal.”⁷

⁶ “A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.”

⁷ STJ. AgRg no Ag n. 961.871-GO, Relator Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 15.08.2008.

Outro tema interessante é a interpretação dada ao art. 12 da Lei n. 8.245/1991 (Lei do Inquilinato), que admite a separação de fato como causa suficiente à prorrogação automática do contrato de locação com o cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel. Para o STJ, exige-se mera comunicação do interesse em prosseguir no vínculo, baseado na existência da separação.⁸

5.3. SEPARAÇÃO DE FATO E DEVERES CONJUGAIS.

A separação de fato, conquanto não extinga a sociedade conjugal, ameniza os deveres entre os cônjuges, especialmente quando duradoura e pública. Assim, é socialmente aceito que alguém separado de fato mantenha relações com outras pessoas, de modo discreto e respeitoso. No entanto, o STJ tem decisões que mantêm algum tipo de vinculação entre os cônjuges separados de fato, característicos da mútua assistência.

5.4. SEPARAÇÃO DE FATO E RECONSTITUIÇÃO DO VÍNCULO AFETIVO.

Se os cônjuges separados de fato pretenderem voltar à plena comunhão de vida, não se fará necessária qualquer outra formalidade. Basta o retorno ao *status quo ante*, com o restabelecimento dos vínculos afetivos e demais efeitos fáticos do casamento.⁹

6. SEPARAÇÃO JUDICIAL.

A separação judicial, antigo desquite, poderia ocorrer de modo consensual ou litigioso.

Após o advento da Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, criou-se a possibilidade de realizar a separação consensual sem o recurso ao Poder Judiciário. Com isso, faz-se necessário estabelecer o *tertius* em relação à antiga dicotomia *separação judicial-consensual* e *separação judicial-litigiosa*. Agora, existe a *separação extrajudicial-consensual*.

A presente seção cuidará dessas três modalidades de separação e, por conseguinte, de extinção da sociedade conjugal.

⁸ STJ. REsp n. 660.076-RJ, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 17.08.2006, DJ 18.09.2006 p. 351.

⁹ NADER, Paulo. *Op. cit.* p. 201.



6.1. SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL OU POR MÚTUO CONSENTIMENTO.

A separação judicial por mútuo consentimento, dita consensual, é o modo de extinção da sociedade conjugal, admitido para cônjuges casados por mais de 1 ano, que requerem ao juiz a homologação de seu acordo de vontades orientado a dissolver os laços. O papel do magistrado é o de apor um requisito de eficácia a um negócio jurídico privado, que os cônjuges celebraram previamente, estabelecendo como será extinta a sociedade que os prendia. Caberá ao juiz examinar os aspectos formais. No entanto, admite-se que avance sobre a vontade manifestada quando “*se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges*” (art. 1.574, parágrafo único, CCB/2002).

A separação é personalíssima. Admite-se, porém, que o cônjuge incapaz seja representado pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão.¹⁰

6.2. PROCEDIMENTO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL.

A separação judicial consensual encontra no Código de Processo Civil seu procedimento, que tem natureza *especial e voluntária*.

O pedido inicial é obrigatoriamente formulado por ambos os cônjuges. Na verdade, devem os cônjuges *assinar* a petição inicial, devidamente subscrita pelo advogado, detentor da capacidade postulatória. A falta de assinatura pode ser suprida, caso os separandos não puderem ou não souberem escrever, por meio de terceiro que o faça a rogo. Se a firma dos peticionantes não houver sido lançada perante o juiz, devem ser reconhecidas em notas de tabelião.

Os documentos obrigatórios que devem acompanhar a inicial encontram-se no art. 1.121, CPC: a) certidão de casamento; b) contrato antenupcial se houver; c) o acordo de separação judicial consensual. Esse termo de acordo terá o conteúdo seguinte, também informado pela referida norma do CPC: a) descrição dos bens do casal e respectiva partilha; b) o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de

¹⁰ Art. 1.576, parágrafo único, CCB/2002.

visitas; c) valor da contribuição para criar e educar os filhos; d) pensão alimentícia, se um dos cônjuges não possuir bens suficientes para se manter.

Excepcionalmente, pode-se deixar a partilha dos bens para outro momento, seguindo-se o procedimento especial de partilha, também previsto na legislação processual civil.

A nova sistemática introduzida pela Lei n. 11.112, de 13.05.2005, relativamente ao regime de visitas, deve compreender “*encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos*”.¹¹

Como já salientado, o papel do juiz, nesses procedimentos, é restrito à observação dos requisitos formais previstos na legislação processual e no Código Civil. O controle do mérito do acordo, como dito no art. 1.574, parágrafo único, CCB/2002, que diz com a preservação dos interesses dos filhos ou de um dos cônjuges, é excepcional. Em relação aos filhos, justifica-se plenamente. O acordo não pode violar o interesse de menores, sob o fundamento da proteção aos incapazes, ou os deveres advindos do chamado poder-parental. No que concerne ao cônjuge, há posições na doutrina que repudiam essa prerrogativa jurisdicional, como invasiva da autonomia privada dos cônjuges e, por assim, criar óbices à dissolução da sociedade conjugal.¹²

Na verdade, a crítica serve para colocar em evidência a necessidade de *baixa interferência judicial* em um negócio tipicamente privado e que, agora com a criação da separação consensual extrajudicial, se torna ainda mais restrita.

Recebida a petição e observada sua regularidade, o juiz ouvirá os separandos, indagando-lhes sobre os motivos que assim os conduziram, e advertindo-lhes dos efeitos dessa iniciativa. Essa disposição normativa, que figura no art. 1.122, CPC, só se justifica em razão de uma única finalidade: permitir que os cônjuges reflitam sobre seu ato, porquanto haverá sempre a possibilidade de retratação, antes do ato homologatório. Fora disso, é inócua a previsão normativa. A uma, pois orientar e aconselhar os interessados é função específica de seus advogados.

¹¹ Art. 1.121, parágrafo segundo, CPC.

¹² DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio. In. DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Orgs.) *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 68.



Cuida-se de atividade profissional do patrono, e ao juiz não se pode dar a prerrogativa de agir como síndico de interesses particulares. A duas, a eventual existência de coação, dolo ou erro poderá ser provada por meio de ação própria, seguindo-se a boa técnica do controle dos defeitos do negócio jurídico.

Ultrapassada a fase de investigação da firmeza da vontade dos separandos, reduzidas a termo as declarações, deverá o juiz ouvir o Ministério Público, no prazo de cinco dias.¹³

No STJ, há acórdãos reconhecendo a nulidade da sentença na ausência de manifestação do MP: “*Sem a oitiva do Ministério Público, a sentença que homologa a separação consensual é nula.*” (REsp n. 134.776-MG, Relator Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 11.11.2002, DJ 16.12.2002, p. 308).¹⁴

Se houver dúvida sobre a firmeza da intenção dos cônjuges em se separar, o juiz marcará audiência, com intervalo entre 15 e 30 dias, para que ratifiquem o pedido de separação judicial consensual. A ausência de qualquer dos cônjuges ou sua não-ratificação implicam a expedição de decisório pelo arquivamento do processo.

Os interessados podem, desse modo, não comparecerem à audiência ou não ratificarem a intenção primitiva. O juiz deixará de homologar o acordo sob o fundamento da ausência de vontade. Essa negativa não se confunde com a causa que lhe determinou e pode-se dar, ainda, sob fundamento diverso, como a observação de que o acordo não preserva o interesse de menores ou de um dos cônjuges.¹⁵

A sentença de homologação da separação será *averbada* no Registro Civil, dada a mudança do estado civil dos separandos e, eventual, a

¹³ Art. 1.122, parágrafo primeiro, CPC.

¹⁴ Nesse sentido: “Processual Civil - Ministério Público - CPC, Art. 1.122, § 1º. Subversão do procedimento. Ofensa ao Devido Processo Legal. Nulidade. Recurso Provido. I - O processo, como instrumento da jurisdição, orienta-se, sobretudo por princípios, dentre os quais os da finalidade e da ausência de prejuízo. Em nome da segurança jurídica, porém, o princípio maior do *due process of law* reclama observância do procedimento regulado em lei, não sendo dado ao Judiciário tomar liberdades com ele inadmissíveis. II - Subverte o sistema processual e sujeita-se à invalidade o procedimento judicial que não enseja ao *Parquet* manifestar-se no momento previsto no § 1º do art. 1.122 do Código de Processo Civil, especialmente quando há interesses de incapazes. III - Recurso conhecido e provido.” (STJ. REsp n. 95.933-DF, Relator Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 24.05.1999, DJ 11.10.1999, p. 68)

¹⁵ STJ. REsp n. 1.116-RJ, Relator Ministro Athos Carneiro, Quarta Turma, julgado em 07.11.1989, DJ 18.12.1989, p. 18.476.

alteração em seu nome. Quanto aos bens imóveis partilhados, faz-se necessária a averbação no Registro Imobiliário competente.¹⁶

6.3. CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA EM SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL.

Os sucessos ocorridos em uma ação de separação judicial litigiosa podem conduzir a um pedido de conversão de rito. É por esse motivo que o art. 1.123, CPC, expressamente afirma que essa postulação é de ser formulada pelas partes *a qualquer tempo*, no curso da separação judicial.

Essa conversão dá-se nos mesmos autos.¹⁷

7. SEPARAÇÃO EXTRAJUDICIAL CONSENSUAL.

7.1. FUNDAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO E PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS DA NOVA ESPÉCIE DE SEPARAÇÃO.

A Lei n. 11.441, de 04.01.2007, alterou o Código de Processo Civil e permitiu a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Inspirada no direito português, essa norma retirou dos negócios jurídicos privados que dissolviam a sociedade conjugal ou o casamento, bem assim arrolavam bens para partição entre herdeiros ou cônjuges, a necessidade de um fato eficaz – a sentença do juiz.

Compreendeu o legislador que pessoas maiores e capazes em perfeito acordo sobre seus vínculos conjugais e patrimoniais, sem que seus atos interferiram na esfera de incapazes, podem dissolver as relações que os unem da mesma forma como as fizeram nascer, ou seja, sem a participação do Poder Judiciário. Operou-se a simplificação de procedimentos em nome da perda de relevância para o Estado desses negócios. É a etapa derradeira do processo de ruptura do Estado com aspectos morais historicamente ligados ao casamento.

¹⁶ Art. 1.124, CPC.

¹⁷ RT 500/65.



Surge, porém, um problema constitucional. O art. 226, § 6º, CF/1988, cuida que o casamento civil pode ser dissolvido pelo *divórcio*, após prévia *separação judicial* por mais de um ano, nos casos expressos em lei, ou se comprovada separação de fato por mais de dois anos. O art. 1.124-A, CPC, introduzido pela Lei n. 11.441/2007, criou a figura da separação consensual e do divórcio consensual, realizados por escritura pública, sem necessidade de homologação judicial.

Não há referência no texto magno à figura da *separação puramente extrajudicial*. É de ser cogitada a constitucionalidade dessa nova espécie, mormente quando se nota que o mencionado art. 226, § 6º, CF/1988, limite o divórcio a uma prévia *separação judicial* e não a uma *separação extrajudicial*. Com isso, os separados *judicialmente* poderão convertê-la em divórcio, enquanto que os separados *extrajudicialmente* não o poderiam, em face da leitura estrita do art. 226. Remanesceria aos últimos a hipótese de um divórcio direto, após dois anos de separação de fato.

O problema da constitucionalidade, portanto, liga-se a dois postulados: a) legitimidade da norma infraconstitucional criar espécie de separação diversa da judicial; b) discriminação entre os separados judiciais com os separados extrajudiciais.

Ao meu viso, a forma encontrada pelo legislador ordinário para tornar *extrajudicial* a separação é compatível com a Constituição. Assim deve-se admitir sob o seguinte fundamento: a terminologia “separação judicial”, usada no art. 226, CF/1988, é apenas um *nomen iuris*, da mesma forma como já se cuidou dessa figura sob o antigo nome de desquite.¹⁸

7.2. PROCEDIMENTO DA SEPARAÇÃO EXTRAJUDICIAL CONSENSUAL.

Os interessados, que não possuam filhos menores ou incapazes, nascidos de sua união, encontrando-se em pleno gozo de suas faculdades mentais, poderão elaborar escritura pública, lavradas em notas de tabelião, para fins de *separação consensual*.

¹⁸ Nesse sentido: FRANÇA, Antonio de S. Limongi. Separação judicial: instituto ou *nomen juris*? O estado civil do separado extrajudicial. COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coords). In: *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*. São Paulo: Método, 2007, pp. 111/114.

Os cônjuges devem estar separados há, pelo menos, um ano.

Os interessados devem estar acordes quanto: a) à descrição e à partilha dos bens comuns; b) à pensão alimentícia; c) à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

É possível ampliar o objeto do acordo, em relação ao detalhamento do que contém o art. 1.124-A, § 1º, CPC, desde que se circunscreva aos três pontos essenciais ali delineados: a) partilha dos bens; b) pensão alimentícia; c) nome dos cônjuges.

Entende-se que, se na separação *judicial* por mútuo consentimento, é possível diferir a partilha, não seria de se exigir na separação *extrajudicial* a prévia partilha dos bens. Em situações normalmente esperáveis, os separandos necessitam dilatar o exame da divisão do acervo comum de bens, em nome da própria conservação da harmonia entre eles. Daí ser possível escriturar o acordo sem prévia partilha, o que atrai, por analogia, a regra do art. 1.221, § 1º, CPC.¹⁹

A escritura, que pode ser previamente elaborada pelos interessados, somente poderá ser tornada pública, a saber, lavrada pelo notário, se as partes houverem sido assistidos pelo advogado comum ou de cada um deles. O advogado obrigatoriamente deverá ter seu nome e sua qualificação no ato, ao qual concorrerá com sua firma no ato notarial.

Após a lavratura pelo tabelião, embora a lei não o diga expressamente, entende-se que se deve aplicar analogicamente o art. 1.124, CPC, que determina a averbação da sentença, aqui escritura pública, no Registro Civil das Pessoas Naturais e, se houver bens imóveis, também no Registro de Imóveis.

A gratuidade dos atos do tabelião é definida em lei para os pobres, reconhecidos como tais. Ela estende-se também aos atos decorrentes da escritura, ao exemplo das aludidas averbações nos Registros Civil e Imobiliário.²⁰

¹⁹ "Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta, depois de homologada a separação consensual, na forma estabelecida neste Livro, Título I, Capítulo IX."

²⁰ Nesse sentido: TARTUCE, Fernanda. *Cabe pedido de Assistência Judiciária gratuita nos procedimentos extrajudiciais previstos na Lei 11.441/2007? Qual o alcance do benefício de gratuidade estabelecido no § 3º do art. 1.124-A do CPC?* COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. *Op. cit.* p. 105.

7.3. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

A separação extrajudicial consensual, provavelmente em razão da forma excessivamente sintética com que foi tratada no art. 1.124-A, omitiu-se quanto à intervenção do Ministério Público. Recorde-se que essa atuação ministerial é considerada como obrigatória na separação judicial consensual.²¹ Se o juiz foi dispensado, nada mais natural que assim também o seja o *Parquet*.

7.4. FILHOS MENORES OU INCAPAZES.

A redação do art. 1.124-A do CPC, refere-se à inexistência de “filhos menores ou incapazes” dos cônjuges como requisito para que postulem a separação pelo rito extrajudicial.

Há aqui outro lapso do legislador. É evidente que não cabe esse procedimento quando houver *filhos menores* e, por isso, sejam *incapazes*. De outro modo, poderá haver *filhos menores*, mas, excepcionalmente, *capazes*, como na situação dos menores emancipados. A obtenção da capacidade civil plena, antes de atingida a idade de 18 anos, não retira desses filhos a condição de menores, conquanto se tenham convertido em capazes.

A separação extrajudicial, por conseguinte, é cabível quando houver filhos capazes, independentemente de serem maiores ou menores. Por óbvio, se forem menores e não tiverem sido emancipados, recairão na regra geral da *incapacidade*.

7.5. CARÁTER OPCIONAL DA SEPARAÇÃO EXTRAJUDICIAL POR MÚTUO CONSENTIMENTO.

A coexistência das duas espécies de separação por mútuo consentimento implica ser uma opção das partes seguir o rito judicial ou a forma extrajudicial.

²¹ Art. 1.122, § 1º, CPC.

8. EFEITOS DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL POR MEIO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL POR MÚTUO CONSENTIMENTO OU PELA SEPARAÇÃO EXTRAJUDICIAL.

O efeito principal da separação por mútuo consentimento, na espécie judicial ou extrajudicial, é a dissolução da sociedade formada pelos cônjuges, o que, como exposto, nada diz com o próprio casamento. Os cônjuges separam-se, mas permanecem casados.

A sentença, ao extinguir a sociedade conjugal, resolverá a separação de corpos (art. 1.575, *caput*, CCB/2002). É decorrência lógica que o efeito da separação entre os cônjuges é o fim da intimidade entre eles.

Existem, ainda, efeitos anexos da separação judicial: a) extinguir os deveres de coabitação e de fidelidade recíproca; b) dissolver o regime de bens; c) resolver a questão da pensão alimentícia.

Quanto ao *regime de bens*, em tese, a separação haverá de resolvê-lo por meio da *partilha*. É objetivo da separação operar essa divisão patrimonial, como afirma também o art. 1.575, *caput*, CCB/2002. Tanto no acordo judicial, quanto no extrajudicial, os separandos podem dispor sobre o acervo decorrente de sua união. Os quinhões conjugais devem ser objeto de detalhamento no acordo ou na escritura, conforme o caso.

Não obsta a ocorrência da separação a ausência de partilha prévia, como assinala o art. 1.121, CPC. Essa foi uma técnica legislativa das mais úteis, porque dá aos separandos a oportunidade de resolverem questões pessoais imediatamente, deixando para outro momento a difícil tarefa de departir o acervo patrimonial.

Em relação ao pensionamento, é lógico que os cônjuges sobre isso dispuseram em seu acordo ou em sua escritura.

Se houve renúncia aos alimentos, já entendeu o STJ que não é possível sua superveniente exigência entre os separados.²²

²² "Direito Civil e Processual Civil. Família. Recurso especial. Separação judicial. Acordo homologado. Cláusula de renúncia a alimentos. Posterior ajuizamento de ação de alimentos por ex-cônjuge. Carência de ação. Ilegitimidade ativa. - A cláusula de renúncia a alimentos, constante em acordo de separação devidamente homologado, é válida e eficaz, não permitindo ao ex-cônjuge que renunciou, a pretensão de ser pensionado ou voltar a pleitear o encargo. - Deve ser reconhecida a carência da ação, por ilegitimidade ativa do ex-cônjuge para postular em juízo o que anteriormente renunciara expressamente. Recurso especial conhecido e provido." (STJ. REsp n. 701.902-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.09.2005, DJ 03.10.2005 p. 249)

9. RESTABELECIMENTO DA SOCIEDADE CONJUGAL.

A separação por mútuo consenso, na medida em que interfere apenas na sociedade conjugal e não no casamento, é susceptível de reversão por meio de um simples expediente: o pedido de restabelecimento. Reconciliados os cônjuges, por mera petição dirigida ao juiz de família, podem requerer seja restaurada a sociedade conjugal. Com isso, recuperam o estado de casados e deixam o estado de separados. Não há mais vinculação do juiz da separação ao pedido de restabelecimento.

Os deveres anexos, que foram dissolvidos, renascem, ao exemplo da coabitação e da fidelidade, conquanto alguns outros jamais hajam sido molestados, ao exemplo do respeito mútuo e das obrigações para com os filhos.

A sentença de restabelecimento será também averbada nos cartórios competentes. Os terceiros que hajam mantido relações com os separados, antes e durante o estado de separação, independentemente do regime de bens, terão suas prerrogativas jurídicas respeitadas. Com isso, ficam imunes à anulação as vendas e compras operadas sem vênua conjugal, e são válidas as doações feitas pelos cônjuges no acordo de separação, seja aos filhos, seja a terceiros.

Uma vez mais o tratamento aligeirado da separação extrajudicial reflete-se no problema do restabelecimento da sociedade conjugal. Se a separação judicial permite o restabelecimento por mera petição ao juiz de família, o que dizer da separação extrajudicial? Não há regra legal explícita. Deve-se colmatar essa lacuna por meio do raciocínio analógico: se os separandos assim se tornaram por meio de escritura, basta celebrar nova escritura pública de restabelecimento da sociedade, a qual, depois de lavrada, deverá ser averbada nos cartórios competentes. Em relação aos ofícios imobiliários, a nova situação deverá sempre e sempre respeitar os direitos adquiridos por terceiros.

BIBLIOGRAFIA

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio. In. DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Orgs.) *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRANÇA, Antonio de S. Limongi. Separação judicial: instituto ou *nomen juris*? O estado civil do separado extrajudicial. COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coords). In: *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*. São Paulo: Método, 2007.

LOBO, Paulo Luiz Neto. *Famílias*. São Paulo : Saraiva, 2008.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Direito de família*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

TARTUCE, Fernanda. Cabe pedido de Assistência Judiciária gratuita nos procedimentos extrajudiciais previstos na Lei 11.441/2007? Qual o alcance do benefício de gratuidade estabelecido no § 3º do art. 1.124-A do CPC?. COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coords). In: *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*. São Paulo: Método, 2007.

**EVOLUÇÃO DO ESTADO FEDERAL NO
BRASIL**

Enrique Ricardo Lewandowski

*Ministro do Supremo Tribunal Federal
Professor Titular da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo*



EVOLUÇÃO DO ESTADO FEDERAL NO BRASIL

Enrique Ricardo Lewandowski

1. PRIMÓRDIOS DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA

O Brasil encontra-se organizado, política e administrativamente, como uma Federação. Esse tipo de Estado surgiu com a proclamação da República, em 1889, sendo abrigado definitivamente na Constituição de 1891. O modelo federal foi implantado provisoriamente no País por meio do Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889, que adotou a República como forma de governo e fixou “as normas pelas quais se devem reger os Estados Federais”. Antes disso, ou seja, de 1824, ano da promulgação da nossa primeira Constituição, até 1889, data da proclamação da República, o Brasil era um Império, estruturado como um Estado unitário, subdividido em províncias com autonomia muito limitada.

Perto do final do século XIX, os ideais federalistas encontravam-se intimamente entrelaçados com as aspirações republicanas, combinação que resultava da oposição ao regime monárquico centralizador e autocrático então vigente.¹ As dimensões continentais do País, aliadas às diferenças sócio-culturais entre as diversas regiões, também apontavam para a solução federativa. O *Manifesto Republicano*, publicado no Rio de

¹ Cf. Cruz Costa, *Pequena História da República*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1974, pp. 28/29; e Nelson Werneck Sodré, *Formação Histórica do Brasil*, São Paulo, Brasiliense, 1968, pp. 292/293.

Janeiro em 1870 – documento que deflagrou formalmente a derrubada da Monarquia –, assinalava, enfaticamente, que o princípio federativo constituía, no Brasil, um verdadeiro imperativo da natureza.² Alberto Sales, assentava em seu *Catecismo Republicano*, editado em 1885, segundo lembra Dalmo de Abreu Dallari, que a Federação configura uma “lei natural”, acrescentando que ela, tal como a República, deveria fazer parte do que denominava de “tipo definitivo de Estado”.³

2. CARACTERÍSTICAS DO MODELO

O federalismo brasileiro, institucionalizado mais de um século depois de sua cogitação nos Estados Unidos, adotou as principais feições do modelo norte-americano, em especial a coexistência de duas esferas de governo distintas, uma nacional e outra estadual. Com a derrubada da Monarquia, as circunscrições territoriais do País foram transformadas em Estados pela nossa primeira Constituição republicana, que consignou, em seu art. 1º, que “a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brasil”.

A Federação implantada no Brasil, porém, desde os seus primórdios, contemplou, ao lado dos governos da União e dos Estados-membros, um terceiro nível político-administrativo, isto é, o municipal. Isso porque as comunas brasileiras desde o passado remoto desfrutaram, de fato, embora nem sempre de direito, de considerável autonomia política e administrativa, em razão das enormes distâncias que as separavam, num território de dimensões continentais, dos centros de decisão governamental. E essa foi a realidade desde os tempos coloniais, sabendo-se que os governos locais tiveram de assumir grandes responsabilidades administrativas, porquanto não podiam depender, para a sua sobrevivência, das autoridades centrais, localizadas a centenas ou milhares de quilômetros de distância. Assim,

² O *Manifesto Republicano*, transcrito por Waldemar Martins Ferreira, em *História do Direito Constitucional Brasileiro*, São Paulo, Max Limonad, 1954, pp. 62/65, consignava o seguinte: “No Brasil, antes ainda da idéia democrática, encarregou-se a natureza de estabelecer o princípio federativo. A topografia de nosso território, as zonas diversas em que ele se divide, os climas vários e as produções diferentes, as cordilheiras e as águas estavam indicando a necessidade de modelar a administração e o governo local acompanhando as próprias divisões criadas pela natureza física e impostas pela imensa superfície de nosso território”.

³ Cf. “Novos Pólos Administrativos Afetando a Federação Brasileira”, em *As Tendências Atuais do Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco*, Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 68.



desde a época anterior à independência, as comunas passaram a prover tudo aquilo que respeitasse ao seu peculiar interesse, lembrando Hely Lopes Meirelles que “as municipalidades tiveram inegável influência na organização política que se ensaiava no Brasil, arrogando-se, por iniciativa própria, relevantes atribuições de governo, de administração e de justiça”.⁴ Caio Prado Júnior observa, nessa linha, que as Câmaras, sediadas nas vilas e cidades coloniais, exerciam atribuições “que segundo nossa classificação moderna são tanto de ordem geral como local”.⁵

Por essa razão a federação brasileira é *sui generis*, visto que contempla três níveis político-administrativos – e não dois, como é usual nesse tipo de estrutura estatal –, a saber, o federal, o estadual e o municipal, aos quais sempre se atribuiu, em maior ou menor grau, nas diferentes Constituições do País, uma esfera de competências e rendas próprias.

O Município, todavia, antes do advento da Constituição de 1988, apesar da grande autonomia de que desfrutava, jamais integrou o pacto federativo *de jure*, em flagrante contraste com as importantes funções político-administrativas que desempenhou ao longo de sua história. Mas, como notam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, a partir do “momento em que a Constituição brasileira alçou o Município a entidade condômina do exercício das atribuições que, tomadas em sua unidade, constituem a soberania, não poderia, a ser coerente consigo mesma, deixar de reconhecer que a própria Federação estava a sofrer um processo de diferenciação acentuada, relativamente ao modelo federal dominante no mundo que congrega apenas a ordem jurídica central e as ordens jurídicas regionais: a União e os Estados-membros”.⁶

Assim é que, com a Carta Magna de 1988, os Municípios passaram a integrar o pacto federativo, que continuou a contemplar, tal como as anteriores, o Distrito Federal, situado no mesmo nível hierárquico dos Estados, com exclusão dos Territórios, agora considerados meras autarquias integrantes da administração descentralizada da União.⁷

⁴ *Direito Municipal Brasileiro*, 3ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, p. 5.

⁵ *Formação do Brasil Contemporâneo*, 17ª ed., São Paulo, Brasiliense 1981, p. 314.

⁶ *Comentários à Constituição do Brasil*, 1º vol., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 232.

⁷ Cf. sobre os Municípios José Afonso da Silva, *O Município na Constituição de 1988*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988; v. sobre o Distrito Federal Walter Ceneviva, *Direito Constitucional Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 124.

Nesse sentido, a Constituição vigente estabelece, em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Curiosamente, o Distrito Federal configura um ente federativo, dotado de autonomia política, administrativa, legislativa e financeira, apresentando, todavia, particular hibridismo, visto que, além de exercer, ao mesmo tempo, as competências normativas e tributárias dos Estados e dos Municípios, sofre, em muitos aspectos de sua estrutura de poder, a interferência da União.⁸

3. MOVIMENTO PENDULAR

A Federação brasileira, interessantemente, ao longo de sua história, tem alternado momentos de grande descentralização com outros de enorme centralização, obedecendo a um movimento pendular. Períodos houve em que os entes federados foram bastante prestigiados, como ocorreu logo após a adoção dessa forma de organização estatal, na primeira Constituição republicana, contrastando com outros em que grande parte das competências e dos recursos foram concentrados ao nível da União, tal qual aconteceu na longa fase de exceção vivida a partir do movimento político-militar de 1964, e que se encerrou com a promulgação da Constituição de 1988.

De fato, de 1891 até a Revolução de 1930, a Federação viveu um período em que os seus integrantes gozaram de enorme autonomia, ao ponto de alguns intelectuais e políticos temerem o esfacelamento do País.⁹ Chegou-se a extremos de assegurar autonomia não apenas aos Municípios, mas também aos distritos, conforme previa a Lei de Organização Municipal de Minas Gerais de 1891.

As constituições estaduais elaboradas em função da Constituição Federal de 1891 abrigaram uma série de exageros, procurando garantir para as autoridades locais uma esfera de ação independente da tutela do Governo central, mesmo em matérias de evidente competência

⁸ V.g., como no concernente à competência que tem a União para organizar e manter o Poder Judiciário no Distrito Federal, conforme consigna o art. 21, XIII, da C.F.; v. sobre o tema Enrique Ricardo Lewandowski, *El Distrito Federal brasileño en el contexto del régimen federal, em Estatutos Jurídicos de las Capitales y Áreas Metropolitanas*, Bogotá, Externado, 1991, pp. 45/71.

⁹ Esse temor justificava-se plenamente, porquanto o período foi fértil em insurreições que colocaram em risco a unidade nacional, como, por exemplo, a *Revolução Federalista*, de 1893, a *Revolução do Acre*, de 1899, e a *Revolução Paulista*, de 1924.



deste. Muitos Estados-membros, por exemplo, autodenominaram-se “soberanos”, outorgando-se o direito de regular o comércio interestadual, de celebrar ajustes e convenções internacionais, sem qualquer referência à necessidade de obtenção do assentimento do Congresso Nacional, embora essa obrigatoriedade constasse da Constituição Federal, bem como a de decretar o estado de sítio, além de outras exorbitâncias.¹⁰

Com a Revolução modernizadora de 1930, que deu início ao processo de industrialização no País, o federalismo brasileiro transitou para o extremo oposto, alcançando uma centralização exagerada até para os padrões vigentes durante o Império. Ademais, os dramáticos acontecimentos políticos, dentre os quais se destaca o movimento armado de 1932, em São Paulo, e as profundas mudanças sócio-econômicas por que passou o País, à época, eclipsaram as frágeis franquias democráticas e os incipientes avanços no sentido do fortalecimento dos entes federados que foram conquistados sob a égide da Carta Magna de 1891. De 1930 até 1934, data do advento da nova Constituição, os Estados foram administrados por interventores do Governo Federal.¹¹ A Constituição de 1934, todavia, especialmente em virtude das pressões exercidas pelos movimentos constitucionalistas, com destaque para a Revolução Paulista de 1932, revigorou o princípio federativo. Esse diploma que, numa curiosa mistura ideológica, conjugava o liberalismo político com o reformismo econômico, reproduziu, em linhas gerais, a estrutura federal da chamada *República Velha*, ou seja, do regime constitucional anterior a 1930.¹²

Em 1937, com o denominado *Estado Novo* e a ditadura de Getúlio Vargas, ocorreu nova centralização, registrando-se, na prática, a alteração da própria estrutura estatal, num retorno extemporâneo ao *unitarismo* do Império, embora a Carta então outorgada, em seu art. 3º, estabelecesse, formalmente, que o Brasil constituía uma Federação.¹³ A

¹⁰ Para um levantamento das demais extravagâncias das Constituições estaduais v. Raul Machado Horta, *A Autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro*, Belo Horizonte, Tese de Concurso para a Cátedra de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1964, pp. 111/118.

¹¹ V. sobre esse período, especialmente no que tange à nomeação de interventores, Leôncio Basbaum, *História Sincera da República: de 1930 a 1960*, 4ª ed., São Paulo, Alfa-Ômega, 1976, pp. 13/35.

¹² Cf. Thomas Skidmore, *Brasil: De Getúlio a Castelo*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1975, p. 39.

¹³ V. Carlos Xavier Paes Barreto, *A Constituição do Estado Novo*, Rio de Janeiro, Coelho Branco, 1938, p. 49, que, interpretando o citado dispositivo, assim se pronunciava: “Os Estados são autônomos, mas debaixo de um governo central, que tem por obrigação fortalecer os laços que não se podem dissolver”.

pretexto de imprimir maior racionalidade e eficácia à ação do Estado, a autocracia getulista reprimiu qualquer forma de manifestação política espontânea, liquidando também com o que era considerado “divisionismo federativo”.¹⁴

Essa situação perdurou até 1945, verificando-se, nesse interregno, um total eclipse do federalismo brasileiro. Apenas com a derrubada do *Estado Novo* e a promulgação da Constituição de 1946, na esteira do processo de democratização que se seguiu ao término da Segunda Guerra Mundial, em escala planetária, é que o princípio federativo voltou a imperar novamente no País.

Sob a égide da Carta Magna de 1946, não só se restaurou e ampliou a autonomia dos Estados e Municípios, como também se estabeleceu um razoável equilíbrio entre os Poderes, instaurando-se ainda um pluripartidarismo atuante, com a convocação de eleições para todos os cargos políticos da República. A partir da promulgação da nova Constituição, logrou-se obter no Brasil quase vinte anos de normalidade institucional, sem que se registrasse qualquer ingerência da União nos entes federados, salvo a intervenção decretada em Alagoas, ainda assim requisitada pelo Judiciário, e sem que fossem afastadas de seus cargos as autoridades estaduais legitimamente eleitas.¹⁵

A centralização do sistema federativo brasileiro atingiu o seu ápice após 1964, notadamente depois da edição da Constituição de 1967, cujos preceitos, nesse particular, foram basicamente reproduzidos na Carta de 1969. De fato, o Estado no Brasil, em que pese a retórica liberal dos militares que se sucederam no poder, caracterizou-se, a partir de então, por uma ingerência crescente nos campos político, econômico e social, levada a efeito, de forma predominante, por meio da União, que foi aquinhoadada com grande parte das competências antes conferidas aos Estados-membros, os quais viram reduzidos, de forma drástica, os

¹⁴ V. a respeito Edgard Carone, *O Estado Novo (1937-1945)*, Rio de Janeiro, Difel, 1977, pp. 163/164, e Wamireh Chacon, *Vida e Morte das Constituições Brasileiras*, Rio de Janeiro, Forense, 1987, pp. 173/176.

¹⁵ A observação é de Oswaldo Trigueiro, feita no artigo *A Federação na Nova Constituição do Brasil*, p. 159, publicado na *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 60/61, jan.-jul. de 1985; o Decreto n. 42.266, de 14 de setembro de 1957, em que se determinou a intervenção em Alagoas, por sessenta dias, para “assegurar o livre exercício dos poderes da Assembléia Legislativa”, estabelecia o seguinte, no parágrafo único do art. 1º: “A intervenção não atingirá o livre exercício dos poderes dos órgãos judiciários, nem do Governador do Estado, o qual deverá, entretanto, prestar ao interventor toda a colaboração de que necessitar para o desempenho da sua missão”.

poderes residuais que tradicionalmente lhes pertenciam. Melhor sorte não coube aos Municípios, os quais, à semelhança dos Estados, passaram ainda a padecer, dentre outros problemas, de uma crônica carência de recursos, majoritariamente concentrados nas mãos do governo central.

Analisando o art. 8º da Constituição de 1969, Dalmo Dallari conclui que ela deferiu à União o poder de legislar sobre praticamente todo o sistema jurídico, chamando atenção para o fato de que certas matérias, que ainda permaneceram na esfera de competência estadual ou municipal, como a elaboração dos respectivos orçamentos, ficaram sujeitas às normas gerais, estabelecidas no âmbito federal.¹⁶ A exagerada supremacia do governo central revelava-se, com toda a força, no art. 10, V, c, da Carta, que autorizava a União a intervir em qualquer Estado que adotasse medidas ou executasse planos econômicos ou financeiros incompatíveis com as diretrizes estabelecidas em lei federal.¹⁷

4. A FEDERAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com a Constituição de 1988 verificou-se novamente a descentralização do sistema, de modo consistente com o movimento pendular que caracteriza o federalismo brasileiro. E é interessante notar que os governadores e deputados estaduais, bem como os prefeitos e vereadores municipais, livremente eleitos pela população antes dos trabalhos da Assembléia Constituinte, exerceram grande pressão sobre os constituintes para que a nova Carta Magna outorgasse maiores recursos aos Estados e Municípios e ampliasse a sua esfera de competências.

A União, não obstante a enorme pressão no sentido da descentralização, reteve grande parte das competências e rendas que conquistou ao longo das vicissitudes pelas quais a Federação passou no País. Isso não apenas porque ela já nasceu com um *pecado original*, qual seja, o de ter-se desenvolvido a partir do desmembramento de um Estado unitário, e não como resultado da união de Estados soberanos, como também em razão da própria transformação do sistema, que, aqui e em outras partes do mundo, evoluiu no sentido do fortalecimento do poder central.

¹⁶ Novos Pólos Administrativos Afetando a Federação Brasileira, cit., p. 75.

¹⁷ *Idem*, p. 76.

Sim, porque, tanto o federalismo dos Estados Unidos, quanto o de outros países, transitou de um federalismo *dual* para um federalismo *cooperativo* ou de *integração*, caracterizando-se o primeiro pela existência de uma distribuição vertical de competências e uma previsão de tributos exclusivos para cada um dos níveis político-administrativos, e o segundo pelo entrelaçamento das esferas de poder central e local, pela distribuição mais equitativa da renda nacional, por meio da técnica das receitas compartilhadas, e ainda pela outorga de competências concorrentes ou comuns em determinados assuntos, sempre, porém, sob a hegemonia da União.

Essa transição também ocorreu entre nós, valendo observar que a maciça presença do Governo Federal nos mais diferentes setores da vida nacional, em permanente expansão desde a década de 30, assim como a necessidade de um combate centralizado ao processo inflacionário, com o qual o País foi obrigado a conviver a partir dos anos 50, e ainda a administração de uma enorme dívida interna e externa contraída pela União, depois de 1964, não permitiu que se concretizasse uma descentralização radical da Federação, conforme desejavam os constituintes de 1988.

Com efeito, o elenco de poderes deferidos à União pela Carta de 1969 permaneceu praticamente inalterado. O art. 21, IX, da Constituição vigente, por exemplo, confere à União a competência de elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social, mantendo-se, assim, a idéia, que prevaleceu durante todo o regime militar, respaldada pelos tecnocratas que o integravam, segundo a qual caberia ao governo central a tarefa de elaborar planos para o Brasil como um todo. Tal planejamento desce a detalhes que seriam mais próprios dos governos estaduais e municipais: o inciso XX do citado artigo, *v.g.*, confere à União o poder de expedir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes nas cidades.

No que respeita às competências legislativas, a União manteve praticamente intacto o amplo espaço que conquistou nas Constituições passadas. Isso fica evidente no art. 22, que, logo no inciso I, estabelece que cabe, privativamente, ao Governo central legislar sobre extensa lista de assuntos, quais sejam, direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho, quer



dizer, sobre quase todo o direito substantivo e adjetivo, além de muitas outras matérias arroladas nos vinte e oito incisos seguintes.

Como novidade, a Carta de 1988 introduziu, no art. 23, a chamada competência *comum* aos três níveis político-administrativos da Federação, que delimita o campo de atividades em que deve ocorrer a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a ser delineada, quanto à forma, por lei complementar federal. Tal competência é exercida nas áreas da saúde, assistência pública, proteção ao meio ambiente, defesa dos bens de valor histórico, cultural e paisagístico, produção agropecuária, abastecimento alimentar, construção de moradias e implantação de saneamento básico, dentre outras.¹⁸

Além disso, a Constituição vigente instituiu, no art. 24, a denominada competência *concorrente*, segundo a qual incumbe à União, ao Distrito Federal e aos Estados, excluídos os Municípios, legislar concorrentemente sobre determinados assuntos, respeitadas as normas de caráter geral estabelecidas pela primeira. Dentre as matérias que são objeto de legislação concorrente, encontram-se as seguintes: direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; produção e consumo; florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais; defesa do consumidor, educação, cultura, ensino, esportes; e organização, garantias, direitos e deveres da polícia civil.

Os Estados lograram manter a tradicional cláusula que lhes assegura o exercício do *poder residual*, ficando consignado, no art. 25, § 1º, da Carta Magna, que a eles são reservadas todas as competências que o texto constitucional não lhes vede. Esse mesmo dispositivo estabelece, em seu *caput*, que os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, respeitadas os princípios da Carta Magna Federal, garantindo-lhes, assim, a capacidade de auto-organização e autogoverno.

Acomunas brasileiras, por sua vez, alcançaram importante incremento em seu *status* institucional. Com efeito, os Municípios, embora tenham, ao longo de sua história, desempenhado, de forma continuada, uma expressiva gama de poderes, jamais tiveram reconhecida, integralmente, nas Constituições, a grande autonomia que, de fato, gozaram. A nova Lei Maior, porém, fazendo justiça ao seu passado, elevou-os, conforme

¹⁸ V. sobre o assunto Fernanda Dias Menezes de Almeida, *Competências na Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 1991, pp. 142/147.

expressa o art. 1º, à categoria de integrantes de pleno direito da Federação, outorgando-lhes uma esfera de competências exclusiva no que respeita aos assuntos de interesse local, sem prejuízo da competência comum já referida, e da faculdade de suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

Mas o grande avanço que merece ser sublinhado é que os Municípios, por força do art. 29 da Carta Magna, passaram a elaborar as suas *leis orgânicas*, verdadeiras constituições locais, devendo observar, apenas, os princípios integrantes da Constituição Federal e aqueles abrigados nas cartas dos respectivos Estados.

Outra novidade importante consiste na competência que lhes foi deferida para atuar, de forma ampla, em dois importantes campos, nos quais a sua presença era, como regra, bastante limitada. Agora, segundo o art. 30, VI e VII, da Constituição, cabe às comunas, com a cooperação técnica e financeira dos governos da União e dos Estados, manter programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental e prestar serviços de assistência à saúde da população.

Os Municípios passaram a estabelecer também, livremente, ao contrário do que antes ocorria, o número de vereadores, de forma proporcional à sua população, observados os limites máximos e mínimos estabelecidos no art. 29, IV, da Carta Magna. Além disso, fixam a remuneração de prefeitos e vereadores, observados os parâmetros do art. 29, V e VI, da Lei Maior, matéria que, no passado, era integralmente regulada pela legislação federal e estadual.

No que respeita à distribuição da renda tributária nacional, a Constituição de 1988 introduziu modificações importantes em favor dos Estados e Municípios, os quais foram contemplados com receitas adicionais, não só oriundas de novos impostos como também derivadas de uma maior participação em fundos fiscais, sem prejuízo da capacidade impositiva da União, que continuou a manter a situação privilegiada que desfrutava desde o estabelecimento da Federação.

Nesse campo, permanece ampla a participação da União na partilha da renda nacional, competindo-lhe, conforme estabelece o art. 153 da Constituição, instituir os impostos sobre a importação, exportação, produtos industrializados, renda e proventos de qualquer natureza,



operações de crédito, câmbio, seguros e propriedade territorial rural, tal como lhe era lícito fazer sob a égide da Carta Magna anterior, todos eles de relevante expressão econômica.

A União, é certo, perdeu alguns tributos, como o imposto sobre a prestação de serviços de transportes e comunicações, que passou para os Estados, e o imposto sobre combustíveis, que, reformulado, foi transferido para os Municípios. Em compensação, foi-lhe atribuída a competência para criar o imposto sobre grandes fortunas, nos termos de lei complementar, bem como as chamadas *contribuições sociais*.

Os Estados, por sua vez, perderam o imposto de transmissão de bens imóveis *inter vivos*, que foi transferido aos Municípios, conservando, contudo, o *causa mortis*, que passou a incidir, de forma mais abrangente, sobre bens e direitos. Estabeleceu-se ainda em benefício destes o imposto sobre a doação de bens e direitos e também sobre serviços de prestação de transporte interestadual e de comunicação.

Em um balanço final, verifica-se que a Constituição de 1988 deu novo alento aos Estados e aos Municípios, confirmando a tendência histórica de alternância entre períodos de centralização e descentralização da Federação brasileira, sem embargo do tradicional predomínio da União, que se mostra ainda mais acentuado na atual fase evolutiva do sistema federativo.

5. DE VOLTA À CENTRALIZAÇÃO

A partir do Governo Fernando Henrique Cardoso, verificou-se novo movimento de centralização, em favor da União, sobretudo com a *Reforma Administrativa* e a *Reforma da Previdência*, levadas a cabo pelas Emendas Constitucionais n. 19 e n. 20, ambas de 1998, que retiraram o poder dos Estados e Municípios de legislar sobre tais matérias, salvo quanto a aspectos secundários. O mesmo pode-se dizer da *Reforma do Judiciário*, de caráter inegavelmente centralizador, especialmente em face da criação do Conselho Nacional de Justiça e das *súmulas vinculantes*, bem como da subtração de competências da Justiça Estadual em benefício das Justiças Federal e do Trabalho.

O que fazer diante disso? É claro que ninguém vai imaginar que se possa voltar ao *federalismo dual* que vigia no século XVIII, quando

o sistema foi concebido nos Estados Unidos, caracterizado por duas esferas estanques de competências e rendas, ignorando que se instaurou, em todos os Estados Federais, o chamado *federalismo cooperativo*, no qual elas passaram a ser, em grande medida, compartilhadas entre os integrantes da associação. Não há como, de outra parte, ignorar o crescente intervencionismo estatal no campo econômico e social, sobretudo em face das recorrentes crises sistêmicas que afetam o capitalismo mundial, levado a efeito a partir do governo central, fator que também milita contra a descentralização do sistema.

É evidente que, diante desse quadro, alguma coisa precisa ser feita para que o Brasil não se transforme, de fato, em um Estado unitário ou, na melhor das hipóteses, em um Estado Regional, como a Itália e a Espanha, cujas regiões, subordinadas aos respectivos governos centrais, gozam de uma modestíssima autonomia política e administrativa.

O Supremo Tribunal Federal, de uns tempos para cá, vem realizando a sua parte, resgatando, em suas decisões, o espírito do federalismo acalentado pelos fundadores da República. É preciso, porém, que os demais atores políticos e sociais também arquem com a responsabilidade que lhes cabe nessa magna tarefa, reconquistando, *de jure* e *de facto*, o poder e prestígio que os Estados e Municípios perderam nas últimas décadas.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

BARRETO, Carlos Xavier Paes. *A Constituição do Estado Novo*. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1938.

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1988.

BASBAUM, Leôncio, *História Sincera da República: de 1930 a 1960*. 4ª ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1976.

CARONE, Edgard. *O Estado Novo (1937-1945)*. Rio de Janeiro: Difel, 1977.

CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CHACON, Wamireh. *Vida e Morte das Constituições Brasileiras*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COSTA, Cruz Costa. *Pequena História da República*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1974.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Novos pólos administrativos afetando a Federação Brasileira. In: *As Tendências Atuais do Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1954.

HORTA, Raul Machado Horta. *A Autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Tese de Concurso para a Cátedra de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1964.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. El Distrito Federal brasileño en el contexto del régimen federal. In: *Estatutos Jurídicos de las Capitales y Áreas Metropolitanas*. Bogotá: Externado, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SKIDMORE, Thomas. *Brasil: De Getúlio a Castelo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

SODRÉ, Nelson Werneck Sodré. *Formação Histórica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1968.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. 17ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1981.

TRIGUEIRO, Oswaldo. A Federação na nova Constituição do Brasil. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 60/61, jan.-jul. de 1985.

**INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA
IMPREVISÃO E ONEROSIDADE EXCESSIVA NA
EXTINÇÃO DOS CONTRATOS**

Álvaro Villaça Azevedo

*Doutor em Direito
Professor Titular de Direito Civil
Regente de Pós-Graduação e ex-Diretor da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo (USP)
Professor Titular de Direito Romano, de Direito Civil
e ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie, em São Paulo
Professor Titular de Direito Romano e Diretor da
Faculdade de Direito da Fundação Armando Alvares
Penteado (FAAP), em São Paulo
Advogado e ex-Conselheiro Federal e Estadual, por São
Paulo, da Ordem dos Advogados do Brasil
Parecerista e Consultor Jurídico*



INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO E ONEROSIDADE EXCESSIVA NA
EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

Álvaro Villaza Azevedo

1. *Cláusula rebus sic stantibus e Teoria da imprevisão.*
2. *Teoria da imprevisão e jurisprudência brasileira.*
3. *Teoria da imprevisão no atual Código Civil Brasileiro, no Italiano e no Alemão.*
4. *Dívida externa dos países em desenvolvimento.*
5. *Onerosidade excessiva e lesão objetiva (enorme).*
6. *Lesão enorme no atual Código Civil.*
7. *Revisão judicial do contrato.*
8. *Minha posição doutrinária quanto à teoria da imprevisão e à lesão enorme.*

1 - CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS E TEORIA DA
IMPREVISÃO

Reconhece-se, modernamente, a teoria da imprevisão, que admite, imanente em todos os contratos, a cláusula *rebus sic stantibus* (das coisas como estão, estando assim as coisas).

Após demonstrar que a cláusula *rebus sic stantibus* foi sancionada no direito medieval, sofreu declínio na época do liberalismo e ressurgiu, atualmente, “como a moderna teoria da imprevisão”, esclarece Paulo

Carneiro Maia¹ que nosso Código Civil “não acolheu a teoria da imprevisão, de modo expresso, como regra geral da revisão dos contratos”, apresentando, entretanto, alguns casos particulares de aplicação dessa teoria, em dispositivos isolados, e, depois de 1930, em legislação especial.

A cláusula *rebus sic stantibus* surgiu na Idade Média, da frase seguinte: “Os contratos que têm trato sucessivo e dependência futura devem ser entendidos estando as coisas assim”, ou seja, como se encontram no momento da contratação (*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*).

Ela apresenta-se com roupagem moderna, sob o nome de teoria da imprevisão, tendo sido construída pela Doutrina, com o intuito de abrandar a aplicação do princípio *pacta sunt servanda* (“os pactos devem ser cumpridos”), quando da alteração brusca das situações existentes no momento da contratação.

Em verdade, e como é amplamente reconhecido, a teoria da imprevisão foi elaborada e acolhida pelo Conselho de Estado da França, no correr da primeira guerra mundial (1914 a 1918).

Nasceu com o julgado de 30 de março de 1916, exarado na questão de Bordeaux, como preferiram os escritores franceses (questão entre a *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux* e a Cidade de Bordeaux).

Nessa questão, discutiu-se sobre contrato administrativo de serviço público (concessão de obra pública), em que se admitiu a revisão dos preços, pela alta do carvão, causada pelos transtornos da guerra.

Todavia, como salienta Georges Ripert², com fundamento em Patterson, “A resistência da jurisprudência francesa à teoria da imprevisão é uma prova certa do seu respeito pelo contrato”. Destaque-se, nesse passo, que, com essa posição da Corte de Cassação francesa, editou-se a *Lei Faillot*, de 21 de janeiro de 1918, acolhendo temporariamente a possibilidade de resolução do contrato ante o agravamento imprevisto e desmedido causado pela guerra, e que excedesse a previsão do que fosse razoável (art. 1º).

¹ Da Cláusula *rebus sic stantibus*. São Paulo: Saraiva, 1959, especialmente pp. 213/259; Cláusula *rebus sic stantibus*. Verbete da Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 15, p. 155.

² O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno, Ed. Saraiva, São Paulo, trad. de J. Cortezão, 1937, p. 309, n. 156.



Essa cláusula *rebus sic stantibus* protege uma das partes do contrato, quando há impossibilidade de cumprimento da obrigação assumida, por brusca alteração da situação inicial, em que o contrato nasceu.

Suponhamos que um engenheiro se obrigue, fornecendo material e mão-de-obra, a construir para alguém uma casa, por oitocentos mil reais, reservando desta soma cento e cinquenta mil reais como seus honorários. Por imprevisível e brusca alteração no mercado, aumenta o preço do material de construção, eleva-se o salário mínimo, a ponto de impossibilitar o devedor ao cumprimento de sua obrigação. O que de material e de mão-de-obra tinha sido previsto, para custar seiscentos e cinquenta mil reais, passa a custar oitocentos mil reais, colocando o engenheiro em posição de desempenhar seu serviço, sem qualquer remuneração.

Todavia essa cláusula, sempre foi considerada pela Doutrina e pela Jurisprudência brasileira como existente em todos os contratos, ainda que não expressamente contratada, apresenta-se com três pressupostos fundamentais, autorizadores de sua aplicação. Atualmente, essa cláusula está prevista no art. 478 do Código Civil de 2002.

Deve ocorrer, primeiramente, uma alteração radical do contrato, em razão de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis (álea extraordinária). Entretanto, há situações que ocorrem de um momento a outro e que podem ser previstas e causam desequilíbrio contratual, ficando obstada de aplicar-se a teoria da imprevisão (cláusula *rebus sic stantibus*).

2 – TEORIA DA IMPREVISÃO E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Nossos Tribunais têm mantido as soluções propostas por nossa Doutrina, no tocante à existência dessa teoria agora admitida por nosso Código Civil; todavia, têm sido rigorosos quanto à sua aplicabilidade sem que estejam presentes seus pressupostos existenciais.

Em 1938, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em que foi Relator o Ministro Costa Manso³, que “a regra *rebus sic stantibus* não é contrária a texto expreso da lei nacional”. Aqui, um dos marcos iniciais à sustentação da aplicabilidade, entre nós, da teoria da imprevisão.

³ RF 7/79.

Destacamos, ainda, julgado da 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em que foi Relator o então Desembargador Djaci Falcão⁴, exigindo, para aplicação da teoria da imprevisão, que o evento alterador das circunstâncias iniciais do contrato seja “excepcional, extraordinário, imprevisto e imprevisível, que modifique de modo sensível e chocante o ambiente em que se formou a *voluntas contrahentium*”, devendo cada caso ser examinado “em si mesmo no tempo e no espaço sob o critério da equidade”.

Outras decisões há⁵ que rejeitam a adoção da teoria em casos de aumento de salário, de alta de custo de materiais ou de reajuste de preço.

Ressaltou a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, em que foi Relator o Ministro Pedro Aciolli⁶, que o Supremo Tribunal Federal admite a aplicação da teoria da imprevisão somente “em casos especialíssimos”⁷, destacando-se, em acórdão relatado pelo Ministro Aldir Passarinho⁸, que

descabe o reajustamento do preço do apartamento vendido pela Carteira Imobiliária do Clube Militar, a base da cláusula *rebus sic stantibus* se, à época da operação imobiliária (1962), o fenômeno inflacionário já era uma infeliz realidade, não podendo dizer-se, portanto, ter ele surpreendido o vendedor. No caso dos autos não houve caso fortuito e nem força maior para justificar a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* a permitir a alteração unilateral dos contratos dos mutuários.

Em sentido contrário, refiro julgado que entendeu suscetível de aplicação a teoria, sob estudo, em caso de imprevisibilidade ante “altos índices de inflação”.

Quanto à inaplicabilidade da teoria da imprevisão às alterações contratuais, em razão da inflação, manifestou-se Orlando Gomes⁹, asseverando:

⁴ RT, 303/694 e 387/177.

⁵ RTJ 68/95, 57/44 e 51/187; RT 399/233.

⁶ Boletim da AASP, n. 1.500, de 16.09.1987, p. 221.

⁷ RREE n. 64.692 e 75.511, Relator Ministro Aliomar Baleeiro: RMS n. 8.071, Relator Ministro Victor Nunes; Ag n. 18.559, Relator Ministro Barros Barreto; RE n. 85.714, Relator Ministro Soares Muñoz; RHC n. 59.052, Relator Ministro Clóvis Ramalhet.

⁸ RE n. 80.575, in DJ de 27.10.1983; RT 551/177.

⁹ *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 148.



Quem quer que contrate num país, que sofre do mal crônico da inflação, sabe que o desequilíbrio se verificará inelutavelmente, se a prestação pecuniária houver de ser satisfeita depois da celebração do contrato. O desequilíbrio é, por conseguinte, previsível, pelo que à parte que irá sofrê-lo cabe acautelar-se.

Cito, mais, acórdãos¹⁰, de nossos Tribunais, admitindo, sob variados argumentos, a aplicabilidade da cláusula sob cogitação.

Em sentido contrário, há uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em que foi Relator o Desembargador Euvaldo Luz ¹¹, com o seguinte comentário, de rodapé, de José de Aguiar Dias:

O romanismo feroz do respeitável acórdão supra não merece os nossos louvores. Nem está, como presume, a maioria do douto Tribunal baiano rejeitando doutrina perigosa ou insustentável. Ao passo que o brocardo *pacta sunt servanda* se sujeita, cada vez mais, ao interesse coletivo, a cláusula *rebus sic stantibus* entra progressivamente na consciência jurídica universal como corretivo necessário das iniquidades geradas pelas circunstâncias.

A jurisprudência pátria, em geral, não tem admitido a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, em caso de inflação.

A 3ª Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em 03.05.1994, por votação unânime, em que foi Relator o Juiz Milton Sanseverino¹², entendeu que

a inflação (ainda que elevada) e o quadro recessivo que se abateram com particular intensidade sobre a economia nacional de uma certa época para cá não constituem, a rigor, acontecimentos extraordinários e imprevisíveis a justificar a teoria da imprevisão, pois, num país onde o recrudescimento do processo inflacionário é avoengo, apresentando sempre pioras sucessivas, em meio a

¹⁰ RT 377/298, 355/193,305/847,254/213 e 191/169; RF 171/240, 156/21, 113/92, 104/269, 98/97 e 97/111.

¹¹ RF 123/509

¹² RT 707/102. Cita esse julgado dois outros precedentes, da mesma Corte: AI n. 357.619-6-00, 2ª Câmara, Relator Juiz Batista Lopes, de 27.07.1992, v. u.; AI n. 376.431-3-00, 1ª Câmara, Relator Juiz Souza Aranha, de 28.01.1993, v.u.

um quadro de crise crônica, não é absolutamente de estranhar a escalada das taxas de inflação a níveis realmente pesados, porém, nada surpreendentes, nem tampouco o surgimento, mais cedo ou mais tarde, de recessão econômica, como consequência inevitável de deflação.

E, assim, inúmeros julgados, sob o mesmo fundamento¹³.

Destaco inicialmente o acórdão da 9ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 15.05.1993, por unanimidade de votos, em que foi Relator o Desembargador Mesquita de Paulo ¹⁴, e se realçou que,

baseando-se os compromissários compradores para a resolução do contrato em uma única alegação para sustentar a aplicação da teoria da imprevisão na desproporção entre o valor estimado inicialmente para a construção e o estimado durante uma fase desta pela comissão dos Condôminos, esta se assenta sem dúvida nenhuma na inflação, fenômeno econômico, que não pode, na atual situação do país, ser considerado como fato imprevisível, não se tem como acolher a aludida teoria.

Também merece destaque a decisão da 4ª Câmara do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, de 22.11.1988, em que foi Relator o Juiz Miguel Pachá ¹⁵, segundo a qual

o malogro do 'Plano Cruzado' não pode servir de fundamento para que a devedora, que firmou com o embargado um contrato de abertura de crédito, após a vigência daquele, possa se eximir das responsabilidades decorrentes do pactuado. Inaceitável a invocação da teoria da imprevisão, com aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, quando as circunstâncias indicadas como imprevisíveis e inevitáveis são públicas, notórias e comuns na política econômica e financeira do país, resumidas na inflação e suas consequências.

¹³ RT 700/80, 697/125, 669/175, 664/127, 654/157, 646/57, 643/87 e 90, 636/100, 634/83, 632/117, 631/121, 624/110 e 177, 619/87 e 89, 613/137, 505/184, 399/233; RJTJRS 30/295; JTACSP, *Lex* 131/130, 128/109 e 137, 126/126, 124/60, em que se citam outras decisões da mesma Câmara, 123/68, 78 e 122, 122/86, 121/108 e 182, 120/80, 86 e 242, 119/65 e 68, 105/98; entre muitos outros.

¹⁴ RT 700/80

¹⁵ RT 669/175



Destaco, mais, a decisão do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por sua 6ª Câmara, por unanimidade de votos, em 05.12.1989, em que foi Relator o Juiz Evaldo Veríssimo¹⁶, que assenta:

A teoria revisionista do contrato, inspirada no princípio *rebus sic stantibus*, deve ter atuação moderada, para, efetivamente, encontrar o enriquecimento sem justa causa. Não serve, contudo, aos propósitos da apelante, que há de cumprir, então, o contrato que formalizou.

No mesmo julgado, afirma-se:

O contrato, sabe-se, se constitui em lei para as partes. Sua revisão há de ser possível quando razão jurídica credenciada possa torná-lo incumprível, na medida em que esteja ligada, a causa infirmatória, a um invencível erro contratual. No caso, não se poderia, pelos argumentos expostos e acrescidos aos que, com lucidez jurídica, foram alinhados na sentença revidenda, entender-se que já ao tempo da contratação era viciada a representação mental da apelante por força do evento posterior, assinalado, no caso, pelo retorno da inflação e do aumento do valor parametrado à composição das parcelas ajustadas para a transação. A equivalência das prestações não foi rompida pelos eventos que a recorrente invocou à pretensão revisionista e nem há condições para se reconhecer que a adquirente teria agido ou se obrigado iludida pelo ‘canto da sereia’ de uma economia estável após a implantação do ‘Plano Cruzado’.

Quanto ao aludido pressuposto, portanto, nossos Tribunais têm considerado inaplicável a teoria da imprevisão, desconsiderando cláusula *rebus sic stantibus*, em face da inflação, porque, embora cause esta o desequilíbrio do contrato, ela é previsível.

Por outro lado, como segundo pressuposto, é preciso que exista enriquecimento, prejuízo, inesperado e injusto por um dos contratantes.

Tenha-se presente, nesse passo, que, mesmo com a existência dos pressupostos justificadores da aplicação da teoria da imprevisão e com

¹⁶ JTACSP, Lex 122/86, especialmente pp. 88 e 89.

ocorrência de prejuízos, entendeu o Superior Tribunal de Justiça, por sua 3ª Turma, em 25.06.1991, por votação unânime, em que foi Relator o Ministro Eduardo Ribeiro ¹⁷, que tal não basta, sendo necessário que o enriquecimento seja indevido, seja injustificável, “resultando empobrecimento sensível” para um dos contratantes.

O terceiro pressuposto é a onerosidade excessiva, que sofre um dos contratantes, tornando-se, para ele, insuportável a execução contratual. Este, em meu entender, o único elemento a considerar-se, como em seguida demonstro.

Como visto, torna-se impossível a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, ante a não-ocorrência de um desses três pressupostos, sendo rigorosos os julgados dos Tribunais brasileiros, nesse sentido.

3 – TEORIA DA IMPREVISÃO NO ATUAL CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, ITALIANO E NO ALEMÃO

O atual Código Civil Brasileiro, em seu art. 478, acolhe a teoria da imprevisão contrariando tendência de nossos Tribunais, que não a admitem em casos de inflação.

Esse artigo estabelece que “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença, que o decretar, retroagirão à data da citação”.

O artigo é de grande importância não fosse o adjetivo “imprevisíveis”, que nele existe em enfraquecimento da posição romana da *laesio enormis*.

Também o Código Civil Italiano estabelece, por seu art. 1.467, em sua primeira alínea, os pressupostos da teoria da imprevisão, nestes termos: “Nos contratos de execução continuada ou periódica ou de execução diferida, se a prestação de uma das partes tornar-se excessivamente onerosa, em razão de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve tal prestação pode pedir a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos no art. 1.458”.

¹⁷ RSTJ 23/329.



Em vez do Código Brasileiro e do Italiano acolherem somente a onerosidade excessiva, pura e simplesmente, acolhem a teoria da imprevisão, de difícil aplicação, como venho demonstrando.

Quando realizei palestra no Seminário realizado pela Câmara Federal dos Deputados, em 4 de junho de 2002, sobre o atual Código Civil, alertei que a palavra “imprevisíveis” deveria ser eliminada do texto do art. 478, em revisão a ser feita posteriormente.

A justificativa, então, foi a da não aplicação da teoria da imprevisão ante a inflação, considerada previsível pelos Tribunais brasileiros. Fiz ver, também, que essa moderna teoria modificou frontalmente o direito justinianeus, mesmo considerando que ela se refere a mutações supervenientes ao contrato.

Basta, para mim, aplicar a regra de Justiniano, analogicamente, ante o desequilíbrio contratual, para que ocorra a resolução do contrato, independentemente de ser causada por fato imprevisível ou imprevisível. O Direito não suporta o enriquecimento sem causa, seja por que motivo for.

À primeira vista, parecia que o BGB (Código Civil Alemão), após a reforma do Direito das Obrigações, que teve início de vigência no dia 1º de janeiro de 2002, tivesse acolhido meu posicionamento, exposto, sobre a teoria da imprevisão.

Realmente, em sua primeira alínea, o § 313 acentua que “Havendo mudanças graves nas circunstâncias que integram a base do contrato, depois de sua celebração” (*alea extraordinária*), “em razão das quais os contratantes não o celebrariam ou o fariam com outro conteúdo, se tivessem podido prever as mudanças” (aqui a questão da previsibilidade), “pode-se requerer a adaptação do contrato, desde que uma das partes considere as circunstâncias do caso concreto, principalmente sobre a divisão de riscos contratuais ou legais, não se podendo exigir a manutenção do contrato celebrado”.

Vê-se, nitidamente, nesse artigo, que as alterações nos termos do contrato devem ocorrer depois de sua celebração, como eventos futuros e que as partes não *tivessem podido prever essas mudanças*. Desse modo, *sendo previsíveis essas mudanças*, não será aplicável o aludido dispositivo legal.

Reitero, nesse passo, meu posicionamento doutrinário de que basta o desequilíbrio econômico do contrato, para que possa ele ser modificado ou resolvido, em razão da simples ocorrência da onerosidade excessiva.

4 - DÍVIDA EXTERNA DOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

Pelo fenômeno inflacionário que existe sempre previsível, nos países em desenvolvimento, torna-se sempre difícil o questionamento dos contratos que realizaram, e que realizam, com os Bancos internacionais. Pois, como parte débil, frágil, nesses contratos, esses países, como o Brasil, certamente, terão esse problema com seus tribunais negando a aplicação da moderna teoria da imprevisão, que, em um de seus pressupostos, menciona a necessidade de que o fato futuro, que desequilibre a relação jurídica, deva ser imprevisível.

Por essa razão, tenho sempre defendido, junto ao Parlamento da América Latina (Parlatino), em São Paulo, Brasil, a necessidade da defesa desses países fundamentar-se na onerosidade excessiva, tão-somente, à maneira justinianéa e não ao modo da cláusula *rebus sic stantibus*, com sua vestimenta moderna da teoria da imprevisão.

Esse modo de defesa venho reafirmando principalmente, quando da minha participação nos seguintes eventos: *Il debito internazionale*, *Atti del Convegno di Roma 1995*, com a palestra Princípios Gerais do Direito Contratual aplicáveis à dívida externa dos países em desenvolvimento, publicada pela *Pontificia Università Lateranense*, em 1997; no Congresso Internacional sobre *La Deuda Externa y el fin del Milenio*, em 12 de julho de 1997; na *Carta di Sant'Ágata dei Goti (Dichiarazione su usura e debito internazionale)*, nessa cidade, em 29 de setembro de 1997; o mesmo tema foi publicado nos Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados, Justiça: realidade e utopia, Rio de Janeiro, 29 de agosto a 2 de setembro de 1999, II, OAB – Conselho Federal, Brasília, 2000, pp. 1.581 e segs., em que participei; e no VII Colóquio América Latina/Europa, no Parlamento Latino-americano (Parlatino), em que firmei a Carta de São Paulo, com os demais participantes do evento; e no Seminário comemorativo dos 180 anos da Academia de Direito do Largo de São Francisco, nos dias 10 e 11 de setembro de 2007, no Parlamento Latino-americano e na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, entre outras participações.

Realmente, não é preciso que se deva lançar mão de algo imprevisível, que surge após o contrato, a desequilibrar a relação jurídica nele existente. Basta esse desequilíbrio, independentemente de qualquer qualificação, para que se cause o prejuízo de uma das partes, ante o enriquecimento indevido da outra.

Isso provarei, adiante, ao preferir a solução romana, mostrada por Justiniano e aplicada analogicamente às situações futuras do contrato.

5 - ONEROSIDADE EXCESSIVA E LESÃO OBJETIVA (ENORME)

Em meu entender, é melhor utilizar o princípio da onerosidade excessiva, fora do âmbito mais amplo da teoria da imprevisão, porque ele mede, objetivamente, o desequilíbrio no contrato, com a insuportabilidade de seu cumprimento por um dos contratantes.

Com essa lesão objetiva, um dos contratantes só tem benefícios e o outro só desvantagens, o que configura, em linhas gerais, a *laesio enormis* do Direito Romano, quebrando-se o princípio fundamental dos contratos, o da comutatividade.

Realmente, no século III da era cristã, com as Constituições atribuídas a Diocleciano e a Maximiliano¹⁸, teria surgido a idéia de que um contrato poderia resolver-se, quando trouxesse desvantagens para um dos contratantes. Acontecia no caso de venda de imóvel, quando o vendedor fosse forçado a vendê-lo, em condições desvantajosas, por preço inferior à metade de seu valor real.

Em verdade, Justiniano deve ter interpolado ditos textos, criando o instituto da lesão, no século VI, tentando mostrar que eles já existiam anteriormente.

Na lei segunda, das aludidas Constituições, a resposta do Imperador Justiniano a Lupus foi a seguinte: “Se tu ou teu pai houver vendido (por preço menor) uma coisa de maior preço, é eqüitativo que, ou restituindo tu o preço aos compradores, recebas o fundo vendido, intercedendo a autoridade do juiz, ou, se o comprador o preferir, recebas o que falta para o justo preço. Menor porém presume-se ser o preço, se nem a metade do verdadeiro preço foi paga”. (*Rem maioris pretii, si tu vel pater tuus*

¹⁸ Codex Livro 4, tít. 44, leis 2 e 8 (*De rescindenda venditione*).

minoris distraxerit: humanum est, ut vel pretium te restituyente emptoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate iudicis intercedente: vel si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars (veri) pretii soluta sit).

Na lei oitava, seguinte, das mesmas Constituições, a resposta do Imperador Justiniano a Evódio evidencia, em longo texto, que o vendedor empenha-se em vender por mais o que vale menos, e o comprador a adquirir por preço menor a coisa que vale mais, mostrando que a fixação do preço nasce de discussão em que se acertam os interesses dos contratantes; ressalta mais, que a essência da compra e venda é o consentimento, tornando-se perfeito o contrato, se esse consenso não resultar de dolo ou de coação. Assenta-se, ainda, que, tendo sido o preço, na verdade, um pouco menor, nada justifica a rescisão do negócio (*Hoc enim solum, quod paulo minore pretio fundum venditum significas, ad rescindendam venditionem invalidum est*). A interpolação parece estar na parte final desse texto e que contraria o texto anterior (*nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum esset, electione (iam) emptori praestita servanda*).

Quanto a esse texto, lembra Caio Mário da Silva Pereira¹⁹ que, “Além de importar exceção aberta aos princípios por ela mesma firmados, cumpre ainda salientar que esta Constituição, do ano 294, termina remetindo o consulente para um rescrito do ano 285, em resposta a Lupus, ressalvando a opção dada naquele caso, ao comprador, pelo complemento do preço, como se fosse um princípio geral e assentado de direito, e não um caso de espécie. Vê-se, por outro lado, que ao se referir a Constituição do ano 294 à essência da compra e venda – *substantiam* – não fala em preço justo, vindo esta exceção consignada na parte final. Daí afirmar Dekkers, como antes já fizera Thomasius, tratar-se de um acréscimo de Justiniano, que também aqui teria manipulado este segundo rescrito dos mesmos imperadores, conciliando-o com a interpolação que realizara no anterior. De Page acrescenta que as interpolações são numerosas e visíveis, e Gaudemet alude às Constituições dizendo-as atribuídas por Justiniano a Diocleciano”.

Antes dessa posição, em geral era livre às partes de empregar os meios lícitos para obter condições favoráveis, mesmo que fossem lesados

¹⁹ Lesão nos Contratos, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999, 6ª edição, pp. 17 e 18.

os interesses da outra parte, lembra Charles Maynz,²⁰ ponderando que, depois dessa disposição formal dos imperadores Diocleciano e Maximiliano, o vendedor que fosse lesado de mais da metade do preço da coisa, estaria autorizado a demandar a rescisão da venda. Explica, ainda, que a *laesio ultra dimidium*, *laesio enormis*, não tinha o efeito de anular a venda, mas a lei fornecia ao vendedor os meios para eliminar as consequências desfavoráveis. Assim, se a venda não havia sido executada, o vendedor poderia opor uma exceção à *actio empti*; e, em caso de execução, poderia servir-se da *actio venditi* para pedir a resolução contratual.

Somente na Idade Média, por influência do Direito Canônico, desenvolveu-se a noção de justo preço.

Se alguém vende muito abaixo do valor da coisa, está em estado de necessidade, precisando do valor do preço para viver.

O Código Penal (art. 180, § 1º) repulsa esse pensamento de desigualdade entre o valor do objeto vendido e o preço, quando pune como crime de recepção culposa a aquisição ou recebimento de coisa com “desproporção entre o valor e o preço”, assentando, em tal situação, que “deve presumir-se” que o objeto vendido tenha sido “obtido, por meio criminoso”. A lei penal brasileira, como visto, não tolera essa desproporção, o preço vil, em apoio ao princípio da comutatividade contratual.

Também, e por analogia, a Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951 (art. 4º, b), ao tipificar o delito de usura real, reclama a presença de dois elementos, a saber: “o subjetivo, a mostrar o abuso por inexperience ou leviandade” do outro, e o objetivo, que existe com a desigualdade dos objetos das prestações, que não podem exceder um quinto ou 20% de seu justo valor, pois, além desse limite máximo, é obstado o “lucro patrimonial”.

Aponta Caio Mário da Silva Pereira²¹ que a lesão apurar-se-á objetivamente,

²⁰ *Cours de Droit Romain*, Ed. Bruylant – Christophe, Bruxelas, e A. Durand Pedone – Lauriel, Paris, 1891, 5ª edição, tomo 2º, pp. 234 e 235, § 214.

²¹ Lesão nos Contratos, *op. cit.*, pp. 187 e 213.

na desproporção evidente e anormal das prestações, quando um dos contratantes aufere ou tem possibilidade de auferir do contrato um lucro desabusadamente maior do que a contraprestação a que se obrigou.

E completa esse professor: “Após quase dois mil anos de existência, o instituto da lesão continua presente, na proteção ao contratualmente mais fraco, e tudo indica que veio para ficar.”

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor (art. 39, V) considera prática abusiva “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”.

6 – LESÃO ENORME NO ATUAL CÓDIGO CIVIL

O atual Código Civil Brasileiro acolheu o instituto da lesão enorme, em seu art. 480, que não tem correspondente no Código de 1916.

Esse artigo estabelece: “Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

Nesse dispositivo legal está presente, salvo melhor juízo, o entendimento justinianeu de não permitir a onerosidade excessiva e de reprimir cláusulas abusivas, leoninas, que quebram o princípio da comutatividade dos contratos. Embora o preceituado seja genérico, concentra-se nele a idéia de cuidar do contrato no momento de sua formação, pois a consideração quanto ao desequilíbrio após a contratação está previsto no art. 478 do Código Civil Brasileiro.

Também está presente, nesse art. 480 do Código Civil Brasileiro, o espírito das disposições protetivas do Código de Defesa do Consumidor, protegendo o lesado por práticas abusivas e leoninas.

Ao seu turno, a lesão enorme, com roupagem moderna e destorcida, está presente nesse art. 478, quando analisei matéria da teoria da imprevisão.

Saliente-se que a lesão não necessita de outras circunstâncias, senão a do desequilíbrio econômico do contrato independentemente de culpa.



7 – REVISÃO JUDICIAL DO CONTRATO

Cabe, no caso de desequilíbrio contratual, causado por onerosidade excessiva, uma revisão nos termos do contrato, que implica a atualização dos valores nele consignados, para que não restem as partes contratantes fora da realidade de seu querer inicial ou quando ele é totalmente alterado pela situação posterior.

Assim, ante a impossibilidade de cumprimento obrigacional, pela onerosidade excessiva, deve a parte prejudicada requerer judicialmente a revisão do contrato, podendo a outra parte opor-se a esse pedido, pleiteando a resolução contratual (extinção do contrato, por motivo alheio à vontade das partes; sem culpa, portanto, e sem qualquer indenização). Desse modo, entendo, porque ninguém pode sofrer intervenção revisional em seu contrato, contra sua vontade. Isso implicaria alteração nas cláusulas contratuais, por obra do Poder Judiciário (terceiro), não contratante, que estaria, assim, a criar obrigações não pactuadas.

Não sendo possível a revisão proposta, entendo que o contrato resolve-se ²².

Desse modo, caso as partes contratantes ou uma delas não concorde com o resultado da revisão judicial proposta e malograda, deverá o juiz declarar resolvido o contrato.

Essa liberdade existe, porque não pode o juiz, pelo mesmo princípio da bilateralidade dos contratos, decidir sobre a alteração, unilateralmente, a não ser que os contratantes tenham estabelecido cláusula de arbitragem. Nesse caso, nada impede que o árbitro seja o juiz de direito ou um terceiro.

8 – MINHA POSIÇÃO DOUTRINÁRIA QUANTO À TEORIA DA IMPREVISÃO E À LESÃO ENORME²³

Ao Direito repugna a atuação ilícita e mesmo o enriquecimento indevido, pois a lesão está presente neles.

²² No mesmo sentido, SIDOU J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*. 2ª edição Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 120.

²³ Posição por mim defendida, também em Roma, desde 1995 e reafirmada no dia 26 de maio de 2006, na palestra que proferi em Roma, Itália, no *Palazzo Santacroce*.

O fenômeno da lesão, no Direito contratual, deve ser encarado objetivamente. Causado o prejuízo, estabelecido o nexo de causalidade e ocorrendo o desequilíbrio nas prestações, deve ser restabelecida a igualdade entre os contratantes.

Isso porque o agravamento unilateral da prestação de uma das partes contratantes torna excessivamente onerosa sua obrigação e, por via de consequência, insuportável o cumprimento desta.

Resumindo, nessa oportunidade, meu entendimento, julgo que a cláusula *rebus sic stantibus* pode ser admitida sem a moderna teoria da imprevisão, que reduz a sua intensidade, possibilitando sua aplicação somente em situações futuras e imprevisíveis.

Para mim, portanto, a lesão enorme ocorre, quando existe mero desequilíbrio contratual, desde que presentes graves modificações no contrato, pressupondo, assim, a *alea extraordinaria*.

O fundamental é não transformar contrato comutativo em aleatório. Naquele, as partes têm plena noção do que vão ganhar e do que vão perder. Desse modo, nascendo o contrato já portador desse desequilíbrio, ou surgindo, após esse desequilíbrio, com sérios prejuízos (graves) a uma das partes, por acontecimentos alheios à vontade dos contratantes, dá-se a resolução contratual, por onerosidade excessiva, independentemente de ser previsível, ou não, a brusca e anormal alteração dos fatos. Isto, se o contrato não puder ser revisto.

Se não for assim, ninguém poderá contratar seguramente, em regime de inflação, por exemplo, pois o agravamento desta, ou, ainda, a deflação, sendo previsíveis, estarão sempre, a ameaçar os contratantes, com insegurança constante e em verdadeiro clima de risco, como nos contratos aleatórios.

Minha sugestão, portanto, é a de que se elimine essa situação de imprevisibilidade, constante do art. 478 do atual Código Civil Brasileiro, riscando-se do seu texto a palavra, *imprevisíveis*.

Desse modo, o art. 480 cuidará, como cuida, do desequilíbrio econômico, com inspiração no Direito Justinianeu, no nascimento do contrato, coibindo cláusulas leoninas e abusivas.



Por outro lado, o art. 478, sem a palavra *imprevisíveis*, será aplicado nos graves desajustamentos contratuais, surgidos após a contratação, em decorrência de fatos supervenientes. Aqui, estará por analogia o ensinamento de Justiniano.

E o art. 479 estará presente para possibilitar o salvamento do contrato, por meio de revisão judicial, já atrás analisada.

Veja-se, finalmente, que o art. 317, do Código Civil, no Direito das Obrigações, cogitando do objeto do pagamento, assenta que, ocorrendo desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, por motivos imprevisíveis, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Ao meu ver, deve excluir-se a palavra *imprevisíveis*, também desse art. 317, pois qualquer motivo de desequilíbrio deve ser considerado, independentemente de qualquer imprevisibilidade.

Assim, deve ser, para que se evite o enriquecimento injusto ou indevido.

O Direito moderno não pode possibilitar esse enriquecimento injustificado, contra o princípio da comutatividade dos contratos, transformando os negócios comutativos em aleatórios.

**MEDIDA CAUTELAR EM RECURSOS
EXTRAORDINÁRIOS: COMPETÊNCIA**

Adroaldo Furtado Fabrício

*Desembargador aposentado e ex-presidente do TJRS
Professor Titular de Direito Processual Civil na UFRGS
Membro da International Association of Procedural Law
Advogado em Porto Alegre*



MEDIDA CAUTELAR EM RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS: COMPETÊNCIA

Adroaldo Furtado Fabrício

Sumário: 1. Justificação e escopo do processo cautelar em geral. 2. Processo cautelar e processo principal. 3. O emprego das medidas cautelares em apoio a recursos extraordinários. 4. A posição do STF quanto à competência: análise crítica. 5. O “destrancamento” dos recursos retidos e a competência. 6. Conclusão.

1. JUSTIFICAÇÃO E ESCOPO DO PROCESSO CAUTELAR EM GERAL.

Faz-se conveniente, ainda que sob certo risco de eventualmente repetir obviedades do pleno domínio dos operadores do Direito, rememorar algumas linhas básicas sobre a natureza, função e justificação teórico-prática do processo cautelar, visto, tal como se o vê no estatuto processual civil pátrio, como *tertium genus*, apartado das ações de conhecimento e das executórias em estrito sentido.¹

¹ Sobre ser a da lei, essa é a perspectiva predominante entre os especialistas brasileiros, que no particular seguem a maioria da doutrina italiana. Em rigor de técnica, parece mais adequado dizer-se que a tutela jurisdicional de cautela se contrapõe à satisfativa, esta englobando a função de conhecimento e a de execução: cf. BARBOSA MOREIRA, O processo cautelar – estudos sobre um novo código de processo civil, p. 230 (Rio, 1974). Em sentido semelhante ensinava PIERO CALAMANDREI, Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares, p. 97 (trad. Carla Roberta Andreasi Bassi, Campinas, 2000). As recentes alterações legais concernentes ao “cumprimento de sentença” não alteram o quadro, certo que a tutela jurisdicional de execução continua a existir e, mesmo no respeitante a títulos executivos sentençiais, mais se modifica a nomenclatura do que a substância.

Independentemente da existência ou não no sistema legislado dessa figura específica, a todo momento se impõe ao julgador a evidência de que os objetivos do processo em geral não se poderão realizar com segurança sem o apoio de medidas que evitem, entre a propositura e o julgamento da demanda, ocorrências capazes de comprometer a efetividade daquilo que por fim se venha a decidir. Sendo o processo (de *pro cadere*) um *ir para a frente*, um movimento, não pode prescindir jamais do tempo, mais ou menos dilatado, que se há de alongar entre aqueles dois momentos, o da postulação inicial e o da decisão final. Essa inelutável realidade implica a possível ocorrência, no curso dele, de modificações do estado de fato, atos e fatos (inclusive os da natureza) que podem transformar em tal grau a situação existente ao tempo do aforamento que já nada se ache sobre que possa incidir o provimento final, quando ele chegar. Pode ser, de resto, que o estado de litigância gere entre as partes um tal grau de hostilidade mútua que se apresente a necessidade de conjurar o risco de violência a coisas ou a pessoas.

Encontrando dois filhos a disputar sobre a posse de um brinquedo, o primeiro que a um pai prudente ocorrerá fazer é retirar a ambos a detenção física do objeto, seja em benefício da preservação da integridade dele mesmo, seja no escopo de impedir o agravamento da contenda – até que apure e decida qual dos dois há de ficar com ele.² Semelhantemente, o juiz que percebe o risco de danificação ao bem da vida em disputa no processo, de perturbação da paz social ou da alteração da situação de fato a ser tutelada por simples decurso do tempo, precisa dispor de meios que lhe permitam afastar esses perigos, seja mediante o emprego de um processo cautelar como tal estruturado, seja por via de simples providimentos incidentais emitidos ao longo de sua atuação no procedimento declarativo ou executório.³

² Se lhe parecer suficientemente claro que razão assiste a um e não ao outro, poderá entregar desde logo àquele o brinquedo, sem prejuízo de uma investigação mais detida, ulterior, da controvérsia. Mas a essa situação corresponderia, no processo, a antecipação de tutela e não a medida cautelar. Sobre essa distinção, cf. nosso artigo “Breves notas sobre providimentos antecipatórios, cautelares e liminares”, no volume Ensaio de Direito Processual, (Rio, 2003) – com outras publicações anteriores.

³ O que vem de ser exposto desde logo adianta a nossa convicção de que o requisito verdadeiramente inafastável da cautela é o *periculum in mora*, certamente mais importante do que o outro que se lhe costuma agregar, o do *fumus boni iuris*. Ele corresponde aos interesses públicos da pacificação e da assecuração do resultado útil do processo; a aparência de bom direito diz mais propriamente com o interesse privado da parte que tem ou aparenta ter razão. Foi, de resto, o que chamou a atenção dos primeiros sistematizadores da tutela cautelar, v. g., CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, p. 334 (trad. Paolo Capitanio, Campinas, 1998).



Daí que se costuma destacar o papel eminentemente *instrumental* do processo cautelar: ele só existe e cumpre sua finalidade em contemplação do resultado de outro processo, existente ou com existência futura suposta, cujo resultado prático se destina aquele a garantir. Ora, como o processo mesmo, qualquer que ele seja, é instrumento (de realização do direito material), resulta que as ações e medidas cautelares apresentam um caráter de dupla instrumentalidade, ou instrumentalidade “ao quadrado”, eis que se cuida de *instrumento do instrumento*.⁴ O Direito todo, e o Processual não faz exceção, precisa precaver-se contra os efeitos deletérios do inexorável passar do tempo, e com esse objetivo precisa construir mecanismos que os amenizem ou compensem, dado que não os podem suprimir.

A tutela cautelar alicerça-se sobre a perspectiva do *tempo* que é inexorável à tutela jurisdicional satisfativa. É pelo fato de os processos de *cognição* ou de *execução* necessitarem de razoável espaço temporal para se desenvolverem até atingir seu objetivo, e, pela constatação de que, nesse período, possam ocorrer determinados fatos a ponto de prejudicar a pretensão material deduzida antes que seja satisfeita, que se lança mão de uma tutela acautelatória com o objetivo de afastar os danos decorrentes justamente dessa demora natural, assegurando a incolumidade de possível resultado positivo da ação satisfativa.⁵

Assim se vê que, se a função jurisdicional, em geral, objetiva a tutela dos direitos, sua modalidade cautelar volta-se à tutela do próprio processo. Por via dos provimentos cautelares, o que se busca de forma imediata não é ainda o dar a cada um o que é seu, mas garantir que, ao chegar o momento de fazê-lo, a solução a ser dada à lide seja ainda possível e útil na ordem prática.

A tutela cautelar é, em comparação com a do direito substancial, uma tutela mediata: mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça.⁶

⁴ Assim, CALAMANDREI, obra cit., p. 41. Também, mais recentemente, ANDRÉA PROTO PISANI e REMO CAPONI, *Lineamenti di diritto processuale civile*, p. 303 (Napolis, 2001). Entre nós, apenas exemplificativamente, HUMBERTO THEODORO JR., *Curso de direito processual civil*, vol. II, p. 346, n. 975 (34ª ed., Rio, 2003).

⁵ MÁRCIO LOUZADA CARPENA, *Do processo cautelar moderno*, pp. 21/2 (Rio, 2003).

⁶ CALAMANDREI, *Introdução ao estudo...* cit, p. 42.

A instrumentalidade “de segundo grau” que aí se identifica consiste precisamente em que, ao invés de prestar-se à efetivação dos direitos no plano material, a função jurisdicional cautelar serve à garantia dos resultados da atividade processual.⁷ Para essa finalidade, fixa-se uma regulação judicial provisória de determinada situação de fato relacionada à lide (mas não da própria lide!), a fim de preservá-la íntegra no curso do processo.⁸

É nesse sentido – só nesse – que cabe falar-se de uma *litisregulação* de uma determinada situação de fato pelo deferimento da cautela. Tenha-se bem claro que essa *litisregulação* é estritamente processual, em nada afetando o futuro julgamento da lide principal nem representando qualquer antecipação do convencimento judicial. Não se trata, pois, do fenômeno a que aludia CARNELUTTI, em uma das visões que teve da função cautelar, como “composição provisória da lide”, depois abandonada.⁹

Independentemente do que disponha cada sistema jurídico, portanto, com respeito aos procedimentos acautelatórios específicos, voltados a atender necessidades igualmente diferenciadas de segurança do processo, e posta de parte a disputa em torno da chamada e discutida autonomia do processo cautelar, impõe-se a necessidade da adoção, pelas razões que vêm de ser aludidas, de um *poder de cautela* atribuído ao juiz para fazer face às exigências de segurança que escapem à casuística porventura incluída nos textos. Não por acaso, antes mesmo de se introduzirem nos conteúdos normativos regras sobre o processo e os procedimentos cautelares, o que só ocorreu em era relativamente recente, a doutrina já identificava essa necessidade: as citações usualmente feitas dos maiores processualistas italianos do século passado referem-se, em grande parte, a escritos anteriores à institucionalização dos temas no direito legislado peninsular.

No caso do processo civil brasileiro, cuja disciplina legal optou claramente pela autonomia¹⁰ e onde também se vêem elencados vários

⁷ Depois de formular sucessivamente diversas teorias, das quais viria a abjurar, sobre a natureza do processo cautelar, FRANCESCO CARNELUTTI fixou-se por fim nessa posição: *Instituições do processo civil*, vol. I, p. 90 (Campinas, 1999); *Diritto e processo*, pp. 355 e s. (Nápolis, 1958).

⁸ Nesse sentido, JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER, *Elementos para uma teoria geral do processo*, p. 155 (São Paulo, 1993).

⁹ *Sistema de direito processual civil* (trad. Hiltomar Martins Oliveira, vol. I, p. 53 (São Paulo, 2000).

¹⁰ Cf. ALFREDO BUZAID, *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*, n. 11, com remissão ao



tipos de procedimentos cautelares diferenciados, a consagração do *poder geral de cautela* não foi negligenciada, aparecendo com notável ênfase no art. 798 do Código de Processo Civil. Com uma singularidade importante, que parece confortar nossa convicção no sentido da primazia do pressuposto da periclitación: nenhuma referência aí se faz ao *fumus boni iuris* ou a idéia equivalente, mas sim e somente àquele outro requisito, *verbis*, “...quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”¹¹

Certo, a análise integrada e a interpretação sistemática dos textos pertinentes apontam para a exigência de concorrerem os dois pressupostos, como é de doutrina corrente. Nem é de excluir-se, aliás, que em determinadas situações haja de preponderar o requisito da visibilidade do bom direito, até, quiçá, com dispensa do outro.¹² O que pensamos haver demonstrado é que, *em regra*, prevalece o escopo de proteção ao direito ou interesse periclitante, a ponto de que a denominação genérica mais difundida dos provimentos dessa ordem seja a de “medidas de urgência”.

2. PROCESSO CAUTELAR E PROCESSO PRINCIPAL.

A instrumentalidade *qualificada, de segundo grau* ou *elevada ao quadrado* da função jurisdicional precautória, a que já se fez menção, significa necessariamente que seu exercício pressupõe, ao menos em estado potencial, a existência de outro processo, à preservação de cujo resultado útil aquela se volta e se destina. Isso fica mais claro quando se abstrai da instrumentalidade do processo em geral, como fazem alguns autores: desconsiderada a realidade de ser toda atividade processual

texto ultimamente citado de CARNELUTTI.

¹¹ GALENO LACERDA, *Comentários ao CPC*, vol. VIII, tomo I, p. 99, (10ª ed., Rio, 2007) identifica aí uma das mais delicadas e exigentes atribuições do juiz, dada a largueza e até discricionariedade com que esse “poder cautelar geral” lhe é atribuído. Adiante, caracteriza essa atuação como “o momento mais alto e amplo de criação do direito em concreto pela jurisprudência, em sistema codificado, de direito continental, como o nosso.” (p. 114)

¹² Demonstrou-o LUIZ FUX em excelente trabalho acadêmico depois editado em livro: *Tutela de segurança e tutela da evidência*, São Paulo, 1996, *passim*. De resto, as hipóteses legais de concessão da tutela antecipada (espécie diversa, mas em regra submetida a pressupostos iguais ou semelhantes), hoje, incluem casos de dispensa do requisito do perigo (CPC, art. 273, inc. II e § 6º). Sobre isso, cf. também CARPENA, *Do processo cautelar...* cit., p. 101.

necessariamente instrumental (no sentido de que serve de ferramenta à realização do direito material), ainda assim permanece claramente instrumental a medida cautelar, qualquer que ela seja (no sentido de que busca preservar o resultado útil de outro processo existente ou antevisto).¹³

Quando se afirma, pois, que o processo cautelar é *autônomo*, como em geral afirmam os especialistas, o que se quer significar é a sua independência como entidade jurídica diversa de outras modalidades de tutela jurisdicional, sobretudo pela finalidade,¹⁴ sem que se afirme, por isso, a possibilidade de sua existência desvinculada do pressuposto de outro procedimento judicial à garantia de cujo resultado ele sirva de instrumento. O aforamento do pedido cautelar pressupõe um outro processo existente, futuro ou no mínimo previsto.

Não é de acolher-se a objeção de DINAMARCO, no sentido de que o vínculo a outro processo é meramente eventual, dado que este pode não existir ao tempo do ajuizamento da cautelar nem vir a existir no futuro.¹⁵ O que importa não é isso: é que, no momento da propositura da ação cautelar, ela só se justifica (*e só pode ser admitida*) na contemplação de outro processo, que se há de apontar, no mínimo, como esperado. Se ele ainda não existe (caso em que a cautela é dita *antecedente* na terminologia em geral seguida pela doutrina),¹⁶ supõe-se que virá a existir. Certo, pode dar-se que essa eventualidade não se concretize no plano dos fatos – *v. g.*, porque as partes intercorrentemente se compõem, ou a denegação liminar da cautela esvazia de utilidade a ação principal, ou o titular do direito vem a abdicar dele – mas nenhuma das hipóteses que se possam imaginar apaga esta evidência: a cautela fora pedida na suposição de que o outro processo, dito acautelado, sobreviria. Aliás, a confirmação disso

¹³ Nesse sentido, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de direito processual civil*, vol. 4, p. 333 (São Paulo, 1974): “A prestação jurisdicional é, por esse motivo, instrumental, porque é provisória; instrumental porque se destina a assegurar o resultado de outro processo; provisória, porque a composição definitiva do litígio no processo principal substitui e extingue a prestação jurisdicional cautelar.”

¹⁴ Assim, CARNELUTTI, *Diritto e processo* cit., p. 359, n. 236, nota 1. Na doutrina nacional, por todos, pela clareza da síntese, HUMBERTO THEODORO JR., *Curso e vol. cit.*, p. 348, n. 978.

¹⁵ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, sem favor um dos maiores processualistas brasileiros, ponderou que a ação cautelar só apresentará essa característica “se e quando houver necessidade do processo principal” (*A instrumentalidade do processo*, p. 372 – São Paulo, 1987).

¹⁶ Cf. GALENO LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, p. 14 (10ª ed., Rio, 2007). Por certo, o adjetivo *antecedente* expressa com maior precisão a idéia do que o preferido pela lei, “preparatória”, pois acautelar previamente nem sempre será sinônimo de preparar.



está nos textos legais que exigem ao autor da cautelar antecedente que indique “a lide e seu fundamento”, obviamente referindo-se àquela que será conteúdo do processo acautelado (CPC, art. 801, III e parágrafo único), assinalam prazo para o ajuizamento da “ação principal” (art. 806 do mesmo Código); determinam que sejam entre si apensados os autos de um e outro processo (art. 809), entre outros.

Com efeito, só se poderia cogitar de processo cautelar a que não correspondesse um outro, principal, *acautelado*, na medida em que se admitisse a freqüentemente mencionada mas nem por isso menos absurda categoria da *cautelar satisfativa*. Essa categoria, de que a doutrina e a jurisprudência têm cuidado com alguma insistência, encerra uma invencível contradição em termos, cuja absurdez – alhures já escrevemos¹⁷ – não é menor do que a da expressão *gelo quente*. Na verdade, o que temos é, de um lado, a classe das medidas judiciais satisfativas, de cognição ou de execução, e, de outra banda, a das assecuratórias, que são as cautelares.¹⁸

Alguns aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais perturbam a clareza dessa realidade. A primeira e maior culpa é do legislador, que incluiu entre os procedimentos tratados no Livro III do Código de Processo Civil alguns que, definitivamente, *não são cautelares*. Assim, os protestos, notificações e interpelações, a posse em nome de nascituro e vários outros. Ao que tudo indica, o propósito do legislador foi o de aproveitar, para determinadas atuações judiciais que aparentavam alguma similitude com os provimentos acautelatórios, o modelo procedimental das verdadeiras ações cautelares, mas teria sido bem melhor que o explicitasse no texto legal.¹⁹ Essa clara impropriedade topológica fornece,

¹⁷ “Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares”, cit., p. 187.

¹⁸ Recorde-se, a propósito, a já mencionada e muito razoável dicotomia sugerida por BARBOSA MOREIRA (retro, nota 1).

¹⁹ Correta, no particular, a observação de CARPENA, obra cit., p. 65. Usando as tintas fortes do seu estilo, o inspirado e saudoso CALMON DE PASSOS verberou a opção do Código, sobretudo pelos resultados a que conduziu, no artigo “Até quando abusarás, ó Cátia? Cautelares e liminares – catástrofe nacional”, na *Revista de Processo* n. 71, p. 231. Escreveu o irreverente jurista baiano: “Porque ele” (Buzaid) “não queria um código sem adequação à ‘cientificidade’ do processo, sistematizou-o com vistas à trilogia clássica – processo de conhecimento, de execução e cautelar – ficando em palpos de aranha para situar no CPC alguns procedimentos rebeldes, que nem poderiam ser postos como de conhecimento, seja no rito sumaríssimo, seja no rito ordinário ou no especial, nem cabiam no processo de execução. Empurrou-os, então, no Livro do Processo Cautelar. Eu os chamo de procedimentos ‘topologicamente’ cautelares. São ‘cautelares’ (passe a heresia) porque estão no Livro III. É só por isso. Em verdade, tem função específica, diversa da do cautelar, muitos, inclusive, com eficácia nitidamente no campo do direito material.”

talvez, a primeira explicação para o infeliz surgimento da contraditória expressão “cautelar satisfativa”.

Ocorreu, de resto, que um dos nossos mais publicados e prestigiados especialistas em processo cautelar, crítico rigoroso do procedimento comum e inconformado com a inexistência no sistema de lugar para provimentos diferenciados capazes de dar solução a situações de urgência, acolheu, mesmo deixando claro que o fazia a contragosto, a sugerida categoria das cautelares satisfativas, como remédio único possível para encher o hiato legislativo.²⁰ A própria jurisprudência enveredou por esse rumo, de certo modo estimulando a deformação do processo cautelar que, emergencialmente e à falta de melhor solução, passou a ser farta e abusivamente empregado com a finalidade de obter provimentos claramente satisfativos, com resultados que chegaram a ser qualificados de catastróficos, como na já citada e particularmente veemente passagem de CALMON DE PASSOS. Assim explicou o fenômeno, em linguagem mais comedida mas ainda veemente, outro de nossos grandes processualistas:

Para tentar contornar a inadequação do processo tradicional e superar a irritante e intolerável lentidão da Justiça, muitos operadores do Direito encontraram na ação cautelar uma válvula para se alcançar algum tipo de aceleração na tutela jurisdicional e alguma forma de antecipar efeitos da solução de mérito esperada para a causa.²¹

Ora, é bem de ver que as razões dessa deformação teleológica do processo cautelar deixaram de existir a partir da introdução no sistema, como figura geral, da possibilidade de antecipação da eficácia da sentença, com a nova redação do art. 273 do Código de Processo Civil. Desde então, já não subsistem motivos para a utilização abusiva da ação cautelar na busca de resultados que não lhe são próprios, assim como desapareceu o pretexto que poderia explicar a presença na doutrina e na jurisprudência nacionais da teratológica “medida cautelar satisfativa”.²²

²⁰ Falamos de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, especialmente no artigo Teoria da ação cautelar, na *Revista de Processo* n. 59, pp. 187 e s.

²¹ HUMBERTO THEODORO JR., Tutela antecipatória e tutela cautelar, na *Revista dos Tribunais*, n. 742, p. 42.

²² Cf. NELSON NERY JR., *Atualidades sobre o processo civil*, p. 15 (São Paulo, 1995).



Com efeito, aquele expediente, que sempre foi ilegal, mais injustificável se fez após a introdução no sistema, como figura geral, da antecipação da tutela.

Estamos, pois, em que, invariavelmente, os procedimentos cautelares são instaurados na suposição da existência (atual, futura ou pelo menos esperada) de um outro processo que não o próprio processo precautório. É àquele, aliás, que a legislação pertinente a todo momento se refere como “ação principal” ou “processo principal”, para designar o acautelado, aquele a cuja segurança de resultados se volta o provimento acautelatório, para determinar a referência recíproca entre ambos, para ordenar o apensamento de um a outro, para marcar prazo ao aforamento do acautelado, para definir a competência e assim por diante. Sempre haverá, pelo menos virtualmente, um processo *principal* (acautelado); se não houver, o suposto processo cautelar só terá dele o nome, ainda que sob essa qualificação se apresente, submeta-se ao procedimento prescrito para o gênero e inclua-se na casuística legal correspondente.

Não se há de exigir, por certo, que o processo dito principal se apresente em sua inteireza como objeto da tutela cautelar. Pode dar-se que a proteção seja dispensada apenas a uma determinada série de atos ou limitada a aspectos particulares do procedimento, desde que seja suficiente para as finalidades de garantia a que se destina. Assim, pode dar-se que a cautela apenas obste alguns e não outros aspectos de uma execução em curso ou por ajuizar-se; pode igualmente ocorrer que o escopo assecuratório só se evidencie necessário em fase recursal e mediante influência sobre o próprio objeto do recurso e seus efeitos.²³ A essa questão passa-se a dedicar atenção específica.

3. O EMPREGO DAS MEDIDAS CAUTELARES EM APOIO A RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS.

É norma de direito expresso que não se atribua aos recursos excepcionais (especial e extraordinário *stricto sensu*) eficácia suspensiva, de tal sorte que sua interposição, só por si, não faz

²³ Conquanto exponha linha extremamente restritiva quanto a essa admissibilidade de cautela ligada a recursos interpostos ao Supremo Tribunal Federal (com argumentos que se aplicariam igualmente àqueles dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça), Galeno Lacerda admite a possibilidade: *Comentários...*, vol. e tomo cit., pp. 73 e s. Barbosa Moreira, na mesma coleção de *Comentários*, vol. V, limita-se a registrar a posição dos tribunais superiores sobre o tema, sem posicionar-se: pp. 607 e 610/11 (14ª ed., Rio, 2008).

empeço à instauração ou ao prosseguimento da execução,²⁴ ainda que provisória, do julgado recorrido (CPC, arts. 497 e 542, § 2º). Ora, é bem sabido que dita execução, mesmo provisória, pode acarretar prejuízos de extrema gravidade para a parte vencida, em muitos casos irreversíveis ou de reparação difícil e incerta. Certas execuções, nada raras na experiência forense, carregam em si um tamanho potencial de dano que sua “provisoriidade” resulta apenas teórica – situação que se faz mais grave e preocupante na sistemática inovada de “cumprimento da sentença” segundo Lei n. 11.232/2005, cujo rigor (para não dizer rancor) em face do devedor é extremado.

Igualmente possível é que a matéria envolvida no recurso apresente um grau de plausibilidade capaz de apontar como provável o acolhimento da manifestação de inconformidade e conseqüente reversão dos efeitos que o provimento hostilizado acaso haja produzido nas instâncias ordinárias. Por outras palavras, pode ser que se apresentem conjugados os requisitos genéricos da tutela cautelar, geralmente designados como *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

A partir dessa consideração, e com apoio legal no parágrafo único do art. 800 do Código de Processo Civil, cedo perceberam os operadores do processo a necessidade e cabimento de medida cautelar capaz de preservar o *status quo* até o julgamento do apelo excepcional. Cumpre assinalar que a admissibilidade de provimento cautelar dessa natureza começou a ser reconhecida tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça ainda antes da alteração introduzida no aludido parágrafo do art. 800, que, sob certos aspectos, era menos favorecedor dessa solução na sua redação primitiva.²⁵ Com efeito, ao menos em leitura literal, há um lapso temporal considerável entre os momentos de “interpor o recurso” e “estar no Tribunal” o processo.

Aliás, pode-se supor tenha sido intenção do legislador da reforma suprimir divergências que se manifestavam a respeito do momento a partir do qual se fixava a competência do tribunal *ad quem* para o fim considerado. Cumpre deixar desde logo claro, porém, que se trata

²⁴ Sem embargo das inovações terminológicas e sistemáticas impostas pela Lei n. 11.232/2005, essa continua a ser a palavra empregada pelo art. 497 do CPC, que cuida do tema.

²⁵ Reza o atual parágrafo, com o teor resultante da Lei n. 8.952/1994: “Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”. Na redação original, o texto era o seguinte: “Nos casos urgentes, se a causa estiver no tribunal, será competente o relator do recurso”.



realmente de ação cautelar, autônoma, a ser processada segundo as normas processuais que a disciplinam, e não de mero incidente no processamento do recurso, como por vezes sugeriu a jurisprudência mais antiga.²⁶

A tal respeito, aliás, as discrepâncias constatadas diziam justamente com o período – em geral, consideravelmente longo – entre a interposição do recurso excepcional e seu julgamento. A questão apresenta algumas complicações decorrentes de que o juízo de admissibilidade se exerce em dois momentos distintos e em sedes jurisdicionais diferentes – dado que se pode considerar comum aos recursos em geral, mas que assume particular realce quando se cuida dos extraordinários.²⁷

A concessão de cautela para esse efeito, por certo, deve limitar-se a necessidades excepcionais de tutela dessa ordem, sem perder-se de vista que, em regra, os recursos de que falamos – que constituem, para o caso, o “processo acautelado” – carecem de eficácia suspensiva. Mas não pode ser singelamente negada como tese, sob pena de quebra da garantia constitucional da prestação jurisdicional *útil*. Há lição de doutrina que merece transcrição:

Temos, é certo, dispositivo de lei a dizer que o recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença (art. 497, CPC), mas temos também dispositivo de lei a dizer que em casos excepcionais o relator pode suspender-lhe a execução (art. 559, CPC). O Direito há de ser visto como sistema, e a supremacia constitucional há de ser efetiva. Temos de fazer valer lição antiga, de valia inquestionável no plano teórico mas infelizmente pouco praticada, segundo a qual não se deve interpretar nenhum dispositivo de lei isoladamente. Temos de

²⁶ No sentido do texto, TEREZA CELINA ARRUDA ALVIM, *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*, p. 22 (São Paulo, 1994). Quanto à competência, cf. GIOVANI MANSUR SOLHA PANTUZZO, *Prática dos recursos especial e extraordinário*, p. 101 (Belo Horizonte, 1998). Os tribunais superiores, em regra, usam a denominação “medida cautelar”, como que revelando certa reserva em admitir que se trata, sim, de ação cautelar.

²⁷ Tenha-se presente que o sistema soluciona facilmente os problemas dessa ordem quanto aos recursos de decisões de primeiro grau, mediante agravo de instrumento (quando o recurso principal é de apelação) ou por via da concessão de tutela antecipada recursal no âmbito do agravo de instrumento. Por vezes, a doutrina refere a “bipartição” do juízo de admissibilidade como dado característico dos recursos extraordinários (v. g., RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Recurso extraordinário e recurso especial*, pp. 174 e s., n. 2.4 (10ª ed., São Paulo, 2007), o que não é exato, embora o fenômeno tenha aí suas peculiaridades.

interpretar as leis de tal sorte que sejam por elas realizados os princípios constitucionais.²⁸

A doutrina e a jurisprudência sobre o tema precisaram tomar em conta a existência de diferentes situações ocorrentes no lapso temporal entre o julgamento impugnado e o do apelo excepcional: (a) desde o julgamento no tribunal *a quo* até a interposição do recurso excepcional; (b) desta interposição até a decisão do Presidente (ou Vice-Presidente) do tribunal *a quo* admitindo a processamento o recurso; (c) desde a negativa de seguimento ao extraordinário até o julgamento do agravo que dessa decisão seja interposto e (d) depois da admissão do recurso no juízo de origem, ou do provimento do agravo que o manda subir. Por vezes, tomou-se por objeto de exame, ainda, o período em que sequer a publicação do julgado a ser impugnado fora feita, hipótese que reclama atenção especial. Importa salientar que, em alguns momentos desse interregno possivelmente longo, podem ocorrer verdadeiros ou aparentes hiatos, vazios de jurisdição durante os quais nenhum órgão julgador tem vínculo claramente visível com o processo principal – que, repita-se, vem a ser o do recurso excepcional, sem surpresa alguma quando se sabe, como já mencionado, que a cautela poderá ligar-se a apenas uma parte ou fase do processo dito principal.

O problema, com efeito, não apresenta maiores dificuldades quando o recurso interposto, tendo superado a fase de admissibilidade no tribunal *a quo*, esteja distribuído no tribunal de destino. A cautela há de ser requerida diretamente “ao tribunal”, na dicção da lei, e o relator do recurso será competente para o deferimento ou não, a título liminar, da medida, com ulterior submissão do decisório ao colegiado ao qual couber o julgamento do próprio recurso. Desde os albores da vigência do Código, há notícia de medidas cautelares concedidas em semelhantes circunstâncias²⁹ e, para o caso, não assume relevância maior a alteração legislativa aludida. As outras situações que referimos, antecedentes a esta última, é que podem gerar alguma perplexidade e estabeleceram certo dissídio nos pretórios, resultando em vacilações jurisprudenciais acentuadas e ainda não de todo ultrapassadas.

²⁸ HUGO DE BRITO MACHADO, “Medida cautelar nos recurso especial e extraordinário”, *Revista Jurídica*, n. 248, p. 7.

²⁹ V. g., sob denominação de “proposta de medida preventiva”, foi deferida cautela dessa ordem pelo Supremo Tribunal Federal, no RE n. 85.222, 2ª Turma, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, julg. em 27.04.1976, in RTJ 77/357.

A mais espinhosa das hipóteses figuradas, aquela em que sequer existe recurso excepcional interposto (caso em que, segundo algumas opiniões, a competência para a cautelar seria do magistrado que a detém para dar ou negar passagem ao *futuro* recurso especial ou extraordinário),³⁰ merece mais detida atenção, dada a quantidade e diversidade das variáveis envolvidas no raciocínio. Certo é que, *mesmo nessa hipótese*, têm sido admitidas medidas cautelares manejadas junto aos tribunais superiores (que mereceriam, na terminologia já lembrada, a qualificação de *antecedentes*), ainda que em casos dados como excepcionalíssimos. A referência é pertinente e oportuna porque indica a prevalência e a força do princípio segundo o qual a jurisdição não deve sofrer hiatos, e o jurisdicionado não pode ficar à mercê de ocasionais mas escandalosamente freqüentes retardamentos na tramitação dos feitos, inclusive quanto à publicação dos acórdãos, gerando autênticos vazios de jurisdição. Veja-se o que decidiu, por exemplo, o STJ, naquela hipótese extrema de acórdão a ser recorrido mais ainda sequer publicado:

Processual Civil. Medida cautelar. Efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto. Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária. Liminar concedida.

I - Possibilidade, em tese, de ser concedida a suspensão da execução de ato judicial, mesmo não publicado o acórdão. A ser de modo diverso não haveria tribunal competente para tutelar o direito ameaçado.

II - Defere-se efeito suspensivo a especial quando, na concessão de liminar para tal, verifica-se que, dos fatos documentalmente comprovados e contidos nos autos da cautelar, afiguram-se presentes os pressupostos *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

III - Liminar concedida a referendada pelo colegiado.³¹

Em igual sentido:

Cautelar. Recurso especial. Possibilidade, em tese, de ser concedida a suspensão da execução de ato judicial, mesmo não interposto

³⁰ Assim, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Recurso especial, agravos e agravo interno*, p. 113 (5ª ed., Rio, 2008).

³¹ MC n. 835-SC, 3ª Turma, Relator Ministro Waldemar Zveiter, julg. em 05.08.1997, DJU de 27.10.1997, p. 54.784.

ainda o especial, uma vez que não publicado o acórdão. A ser de modo diverso não haveria tribunal competente para tutelar o direito ameaçado.³²

Solução similar vinha sendo dada pela mesma Corte – por idênticas e até mais fortes razões – aos casos em que o recurso, já interposto, pende ainda de apreciação de sua admissibilidade pela autoridade competente no tribunal *a quo*. Nesse caso, aliás, a solução posta tem por si a letra do tantas vezes citado parágrafo do art. 800. Pode ser lembrada uma ementa deveras ilustrativa:

Processual Civil. Medida cautelar. Art. 790 do CPC. Conhecimento. Conferimento de efeito suspensivo a recurso especial interposto, mas ainda em processamento no tribunal de origem. Comunicação de efeito suspensivo.

A só e só circunstância de ainda não ter sido lançado juízo sobre a admissibilidade ou não do recurso especial no tribunal *a quo*, não é óbice para o conhecimento de medida cautelar promovida com a finalidade de comunicar efeito suspensivo ao apelo nobre pode-se conferir, em caráter absolutamente excepcional, efeito suspensivo a recurso especial para garantir a utilidade e a eficácia de uma decisão que nele possa ser favorável ao recorrente, desde que presentes os indispensáveis pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

Medida cautelar conhecida e deferida.³³

Discorrendo sobre o tema em sede de doutrina, outro eminente membro daquela Corte mostrava-se avesso à idéia de admissão do pedido cautelar quando ainda não interposto o recurso, aparentemente fechando a questão quanto ao ponto; aceita-a, de outra banda, em caráter de absoluta excepcionalidade, quando o recurso, já interposto, aguarde no tribunal *a quo* o primeiro juízo de admissão. Ouçamo-lo:

³² MC n. 488-PB, 3ª Turma, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, julg. em 14.05.1996, Revista Forense, vol. 337, p. 229.

³³ MC n. 136-SP, 1ª Turma, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, julg. em 03.05.1995, RSTJ vol. 77, p. 77. Este e os dois anteriores acórdãos vêm citados em texto de doutrina do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, “Medidas de urgência e sua cassação”, no volume *Direito processual – inovações e perspectivas (Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira)*, coord. por ELIANA CALMON e UADI LAMMEGO BULOS, pp. 25 e s. (São Paulo, 2003). O autor concorda com a tese, embora entendendo que se deve limitar a casos excepcionais.



Voltando-se ao fio da meada, e pedindo perdão pela insistência, para dotar o recurso especial de efeito suspensivo, há necessidade, inicialmente, de existir recurso interposto e, em segundo plano, de já ter ocorrido o correlato juízo de admissibilidade. Sem o preenchimento da interposição, afigura-se-me inviável a cautelar; sem o preenchimento do segundo requisito, de regra, não se deve também admiti-la. Mas, quanto a esse segundo requisito, em determinados casos, deve-se abrir exceções, sob pena de, em nome de um princípio, sacrificar outro maior, pois é de bom alvitre sempre lembrar que o direito processual é instrumental e não fim em si mesmo.³⁴

Por acaso em julgamento do qual participou esse insigne e saudoso magistrado, o STJ teve oportunidade de confirmar seu entendimento sob a ementa seguinte:

Processual Civil. Agravo regimental. Medida cautelar. Competência. Efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido na origem. Agravo retido. Destrancamento. Possibilidade.

1. A Constituição Federal reservou ao Superior Tribunal de Justiça a missão, indeclinável, de zelar pela inteireza do direito positivo federal infraconstitucional (art. 105, inciso III), razão por que a ele cabe a última palavra no que se refere à interpretação das normas processuais, procedimentais e recursais insculpidas no Código de Processo Civil.
2. O STJ, em caráter excepcional, tem admitido o efeito suspensivo a recurso especial, ainda que pendente do juízo de admissibilidade na origem, o mesmo ocorrendo no que concerne à utilização de medida cautelar para determinar o processamento do recurso especial retido nos autos, nos termos do art. 542, § 3º, do CPC.
3. Cabe à lei federal disciplinar o funcionamento das instituições financeiras.
4. Caracterizados os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, há de ser concedida a medida liminar.
5. Agravo regimental provido.³⁵

³⁴ DOMINGOS FRANCIULLI NETTO, *Concessão de efeito suspensivo em recurso especial*, na coletânea citada à nota anterior, p. 196 (artigo iniciado à p. 189).

³⁵ AgRg na MC n. 7.328-RJ, 2ª Turma, Relator para o acórdão Ministro João Otávio Noronha, julg. em

4. A POSIÇÃO DO STF SOBRE A COMPETÊNCIA: ANÁLISE CRÍTICA.

Verdade é que, em tempos mais recentes, sob o poderoso influxo da jurisprudência sumulada do Pretório Excelso sobre o tema, o egrégio Superior Tribunal de Justiça vem-se mostrando mais restritivo na concessão de efeito suspensivo, mediante medida cautelar, a recursos especiais ainda não submetidos ao juízo de admissibilidade no tribunal de origem.³⁶ A tendência, pois, é a de recusar o Tribunal Superior sua competência enquanto inexistente decisão admissória do especial, como se pode ilustrar com julgado assaz recente:

Administrativo. Fornecimento de medicação. Processual Civil. Medida cautelar. Atribuição de efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido na origem. Incompetência do STJ.

1. Não compete ao STJ conceder medida cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido na origem. É do tribunal local, portanto, a competência para eventuais medidas cautelares. Incidência das Súmulas n. 634 e 635 do STF.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.³⁷

Entretanto, não fechou de todo a porta a postulações dessa ordem, consoante se pode ver, inclusive, de cautelares concedidas em casos em tudo e por tudo idênticos ao do exemplo antes colacionado, bastando que o órgão julgador identifique na espécie examinada ilegalidade manifesta (por vezes dita “teratológica”) como o desta ementa:

(...)

3. Em casos excepcionais, o egrégio STJ tem deferido efeito suspensivo a Recurso Especial ainda não interposto, com o escopo de evitar teratologias, ou, ainda, obstar os efeitos de decisão contrária à jurisprudência pacífica desta colenda Corte Superior,

02.12.2003, publ. DJ 21.06.2004, p. 178.

³⁶ Súmula n. 634-STF - Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem. Súmula n. 635-STF - Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

³⁷ AgRg na MC n. 14.272-RS, 1ª T., Relator Ministro Teori Zavascki, em 24.06.2008, DJ de 1º.07.2008.

em hipóteses em que demonstrado o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.³⁸

Boa exemplificação da regra predominante e da exceção pode ser encontrado na ementa a seguir:

I - Esta Corte não tem competência para deferir efeito suspensivo a recurso especial que ainda pende do exame prévio de admissibilidade pelo Tribunal de origem. Incidem as Súmulas 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal.

II - Este Tribunal tem admitido em situações excepcionálíssimas a concessão de efeito suspensivo a recurso especial, a fim de evitar decisões teratológicas, o que não se verifica no presente caso.³⁹

De resto, uma certa indefinição tem conduzido até mesmo a julgados internamente contraditórios. Leia-se a ementa a seguir:

Processual Civil. Medida cautelar. Competência do STJ não instaurada. Art. 800, parágrafo único, do CPC. Súmulas n. 634 e 635-STF. Processo extinto.

1. Em se tratando de medida cautelar ajuizada com o objetivo de agregar efeito suspensivo a recurso desprovido de tal eficácia, a competência da Corte Superior somente se instaura com a interposição do apelo, nos termos do que dispõe o art. 800, parágrafo único, do CPC.

2. “Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade” (Súmula n. 635-STF).

3. Agravo regimental desprovido.⁴⁰

Fácil é perceber que as proposições sob 1 e 2 formulam regras colidentes: afirma-se, primeiro, que a competência do tribunal superior para a medida cautelar se inicia com o só fato da *interposição* do apelo

³⁸ MC n. 11.603-SP, 1ª T., Relator Ministro Luiz Fux, em 12.02.2008, DJ de 07.04.2008.

³⁹ AgRg na MC n. 14.623-MT, 3ª T., Relator Ministro Sidnei Beneti, em 16.10.2008, DJ de 28.10.2008.

⁴⁰ AgRg na MC n. 14.133-TO, 4ª T., Relator Ministro João Otávio de Noronha, em 02.10.2008, DJ 28.10.2008.

raro; a seguir, na linha da Súmula do Pretório Excelso, que ela só se inaugura com a *admissão* do recurso. Trata-se, é claro, de momentos distintos, e nem sempre muito próximos entre si.

Como quer que seja, no Supremo Tribunal Federal, o tratamento da questão em tese tomou rumos diversos, conduzindo a resultado que não condiz com os princípios nem merece o respaldo da melhor doutrina. Com efeito, a pretexto de que, antes do exercício do juízo de admissibilidade no tribunal *a quo*, careceria o Supremo de jurisdição sobre o processo em causa, fixou-se a jurisprudência daquela Excelsa Corte no sentido de que, enquanto não exercitado o juízo de admissibilidade, à autoridade que o deverá emitir compete a concessão ou denegação de medida cautelar. Argumenta-se em alguns julgados, também, que, se concedida cautela em tais circunstâncias pelo tribunal *ad quem*, o presidente (ou vice-presidente) da corte de origem ver-se-ia constrangido a dar seguimento ao recurso, por uma questão de hierarquia judiciária.

A primeira objeção que se há de fazer a esse entendimento é esta: ele afronta a literalidade do disposto no art. 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil, segundo o qual é o fato da *interposição* do recurso que desloca a competência para o exame das medidas cautelares. E é significativo anotar, sobre o tema, que o dispositivo legal em foco foi alterado no curso da reforma processual em andamento (especificamente, pela Lei n. 8.952/1994), ao que tudo indica, para eliminar as dúvidas que anteriormente se manifestavam quanto ao exato momento da translação da competência para o exame dos pedidos cautelares. O texto anterior deixava margem a interpretações variáveis, ao referir-se, de modo aparentemente restritivo, a processo (acautelado) que *já se encontrasse* no tribunal ao qual era dirigido o recurso.⁴¹

De resto, essa é a solução cientificamente mais ajustada aos princípios. Salvo exceção expressa em contrário, posta na lei (caso da ação de atentado, art. 880, parágrafo, do CPC), o juízo da ação cautelar é o da principal – seja que esta já se ache aforada ou que seu ajuizamento esteja previsto. Ora, tendo o tribunal *a quo* julgado o recurso ordinário que lhe estivera afeto, exauriu a jurisdição (mais até do que a competência) relativamente ao feito e, por não mais deter atribuição legal para nele

⁴¹ Recorde-se: o texto do parágrafo rezava, sem o grifo: Nos casos urgentes, se a causa estiver no tribunal, será competente o relator do recurso”.



prover, não a pode ter igualmente para as ações cautelares a ele conexas, sejam quais forem. Tudo o que resta para decidir da “causa” é da competência do tribunal *ad quem*, não se podendo conceber que retenha consigo aquele outro o poder de acautelar o resultado daquele resíduo.

Essa solução não cria qualquer embaraço para o magistrado ao qual caiba, na origem, o juízo de admissibilidade. Para o efeito de que se cuida, importa apurar, tão-somente, quem há de decidir o “processo principal”, que vem a ser, para o caso, o recurso extraordinário *lato sensu*. O que determina a translação da competência é o haver-se esgotado o *ofício jurisdicional* do juízo recorrido, fenômeno esse anterior *até mesmo à interposição do recurso*, eis que resulta de se haver já decidido o que havia para decidir *relativamente à lide*. A apreciação da admissibilidade, no juízo recorrido, da impugnação manifestada nenhuma relação guarda com essa questão de competência: trata-se apenas de atividade mais administrativa do que jurisdicional, a de apuração de requisitos postos em lei para que o recurso possa ter trânsito ou não. Semelhantemente, a competência para conhecer de ações cautelares vinculadas a processo no qual tenha sido interposto recurso de apelação, é do tribunal de segunda instância, não do juiz singular.⁴²

Especioso, de resto, o argumento segundo o qual, se atribuída dita competência ao Tribunal Superior, resultaria impedido o magistrado ao qual toca o primeiro juízo de admissibilidade de negar seguimento ao recurso, sob pena de quebra da “hierarquia jurisdicional”. As duas decisões têm objetos radicalmente diversos e inconfundíveis. Em uma, examinam-se as condições de admissibilidade extrínsecas ao mérito do recurso (forma, tempestividade, prequestionamento etc.); em outra, a plausibilidade das razões pelas quais o recorrente busca nova decisão. A raiz do equívoco, tal como se pode constatar da leitura de alguns acórdãos que consagram a tese equivocada, está em supor-se que o juízo de admissibilidade integra necessariamente a apreciação do *fumus boni iuris*, quando, na verdade, este diz com a substância mesma do apelo.

De resto, a temida vinculação ou submissão do presidente da corte *a quo* àquilo que tenha decidido *em sede cautelar* o tribunal de destino não haveria de ocorrer de modo algum, porque atuam ambos em campos que não se interpenetram e também porque o próprio sistema

⁴² Cf., detalhadamente, MÁRCIO CARPENA, *Processo cautelar moderno* cit., pp. 242 e s.

recursal circundante não o permitiria.⁴³ De fato, o primeiro juízo de admissibilidade, exercido no tribunal de origem, opera uma simples filtragem preliminar da massa de recursos, a fim de simplificar e reduzir o colossal volume de trabalho que aflui às cortes superiores; o recurso de agravo dessa decisão, contudo, assegura à parte recorrente, sempre, um segundo exame das mesmas questões no tribunal de destino, mesmo quando inadmitido na origem o apelo excepcional. Também por isso, não há temer que algum constrangimento ou condicionamento viesse a resultar para aquele do exame de admissibilidade ou mesmo de mérito *da cautela* que a Corte Superior tivesse já manifestado. É simples: se for admitido, o recurso estará acautelado; se não, caducará a cautela como em qualquer outro caso em que o processo principal não chegue a existir.

Importa muito lembrar, de outra banda, que entre juízos e tribunais não existe propriamente uma relação hierárquica, salvo no sentido de que os de grau “inferior” não se podem rebelar contra os julgados de instância “superior” *sobre questão idêntica*. A sobreposição só existe nesse limitado sentido, de sorte que as esferas competenciais não se interpenetram nem interferem umas sobre as outras. A decisão do mais humilde juiz da roça, tornando-se irrecorrível, assume autoridade idêntica àquela de um julgado da Corte Suprema.

É deveras instrutivo assinalar que o próprio Supremo Tribunal Federal, em tempos, em composição plenária, consagrara por inteiro a doutrina aqui defendida, pondo em destaque com singular veemência, aliás, que o presidente do tribunal *a quo* cometeria inaceitável invasão de competência se tomasse a si o exame da cautelar, *verbis*:

Tendo em vista que o juízo de admissibilidade, exercido em instância inferior, resume-se à verificação dos pressupostos genéricos e específicos de recorribilidade do apelo extremo, não há dúvida de que a concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário não se insere nos limites jurídico-processuais da atuação jurisdicional da Presidência do Tribunal *a quo*.

⁴³ Em grande parte, esse problema se prende ao fato de que, usualmente, os tribunais ordinários têm dificuldade em distinguir com precisão os limites do juízo de admissibilidade, que lhes compete, e mal o resolvem invadindo a competência das instâncias excepcionais. É o que diuturnamente se vê quando a decisão de admissibilidade aprofunda a discussão quanto a ter ou não ter ocorrido afronta a textos legais ou constitucionais – não apenas *in status assertionis*, como caberia, mas com profunda roçadura na seara do mérito.

Age *ultra vires*, com evidente excesso no desempenho de sua competência monocrática, o Presidente de Tribunal inferior que, ao formular juízo positivo de admissibilidade, vem a outorgar, ao arrepio da lei, efeito suspensivo a recurso extraordinário, interferindo, desse modo, em domínio juridicamente reservado, com exclusividade absoluta, a atividade processual do Supremo Tribunal Federal.⁴⁴

Com efeito, a atribuição do exame da ação cautelar à autoridade que, em juízo monocrático, tem a *exclusiva* competência, claramente fixada em lei, para aquilatar da admissibilidade do recurso, mediante exame dos seus requisitos formais extrínsecos, sobre afrontar o disposto no parágrafo do art. 800 do estatuto processual, *dilarga ilegalmente essa competência* para o sopeso de questões que não se situam na faixa daquele juízo de admissibilidade – eis que, por óbvio, a investigação do *fumus boni iuris*, em regra, envolve também aspectos ligados ao mérito do recurso, e a apuração do *periculum in mora*, decididamente, nenhuma correlação guarda com os requisitos de admissibilidade.

O julgado que vem de ser lembrado, inigualável na aplicação da lei e dos princípios, assim como a orientação que nele se cristalizava, tinham, a mais, a virtude de melhor atender aos interesses da economia e da efetiva e expedita solução das controvérsias.⁴⁵

Não sendo, pois, admissível a existência de vazios jurisdicionais, ou hiatos durante os quais não haja autoridade judiciária competente para certa atuação prevista em lei – como reconhece e proclama a jurisprudência dos próprios tribunais superiores, com sólida base doutrinária – e, de outra banda, não se podendo identificar fomento jurídico para atribuição dessa competência a qualquer órgão do tribunal *a quo*, dita competência só pode pertencer ao tribunal de destino, desde a interposição do recurso extremo, como disposto no citado parágrafo do art. 800.

Situação diversa é aquela em que a interposição do extraordinário *lato sensu* ainda não ocorreu, talvez até por não haver sido publicado o acórdão a ser recorrido, se é que cabe, em hipótese tal, a impetração

⁴⁴ Rcl n. 416, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, in RTJ 144/718.

⁴⁵ No mesmo sentido é o parecer de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Recurso especial, agravos e agravo interno*, p. 114: “.. à eficiência e celeridade do processo melhor conviria, inclusive no âmbito dos tribunais superiores, o pleno acatamento à norma do art. 800, parágrafo único, do CPC.” (5ª ed., Rio, 2008).

da cautela.⁴⁶ Aí, não cabe invocar aquele parágrafo, e a competência do tribunal *a quo* perdura intocada, até mesmo tendo-se em conta a possibilidade de embargos declaratórios. Nesses casos, tem sido a competência atribuída à presidência do tribunal de origem, sem maiores divergências. Há interessante argumento, utilizado em julgado do STJ, em apoio da tese: a decisão que o tribunal superior porventura proferisse em circunstâncias tais forneceria subsídios, quicá valiosos, para a elaboração do arrazoado recursal, com quebra da “paridade de armas” que se deve assegurar às partes.⁴⁷

5. A RETENÇÃO E A POSSÍVEL LIBERAÇÃO DO RECURSO RETIDO.

Por força do disposto no art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil (introduzido no texto pela Lei n. 9.756/1998), os recursos excepcionais, em determinadas hipóteses, devem ficar retidos no tribunal de origem, diferidos seu exame e decisão para o momento em que, *si et quando*, suba recurso de igual natureza relativo ao julgamento final, mediante reiteração da anterior manifestação de inconformidade.

Como era de prever-se, fracassou a tentativa de encerrar-se em uma casuística fechada, por exclusão, as hipóteses de subida imediata dos recursos. Numerosas são as situações que a prática judiciária tem mostrado como impositivas do “destrancamento” do recurso: questões relativas à competência, à antecipação de tutela, nomeação ou destituição de inventariantes, administradores ou testamenteiro, levantamento de dinheiro e entrega de coisas móveis⁴⁸ e tantas outras situações em que, a aguardar-se a decisão “final” do litígio, o provimento judicial pretendido cairá na total inutilidade.

Impõe-se neste passo uma observação. Há situações em que a retenção do extraordinário e/ou do especial, nos termos do § 3º, trará mais prejuízo que benefício. Certos pontos duvidosos

⁴⁶ Estamos pondo de lado, com certa relutância, nossa restrição a essa possibilidade, sobretudo quando o acórdão a ser hostilizado sequer foi publicado. Fazemo-lo em nome da imperiosa necessidade de existência de um juízo competente e da excepcionalíssima urgência que certos casos podem revestir.

⁴⁷ AgRg na MC n. 13.123-RJ, 3ª T., Relatora Ministra Nancy Andrigli, em 20.09.2007, DJ de 08.10.2007, p. 259.

⁴⁸ Exemplos de ATHOS CARNEIRO, obra ult. cit., p. 138.



precisam ser enfrentados e esclarecidos quanto antes, sob pena de, se os deixarmos para mais tarde, nascer o risco de dano irreparável, ou de inoportuno desperdício de atividade jurisdicional.⁴⁹

Com efeito, é praticamente impossível arrolar todas as eventualidades: a inesgotável e imprevisível variedade da vida de relação sempre há de criar hipóteses novas. Não se perca de vista, inclusive, a possibilidade de uma exigência de prova difícil, demorada e onerosa cuja inutilidade ressaia gritante dos autos, ou, na via inversa, a dispensa de alguma outra sem a qual se faça evidente a impossibilidade de um correto julgamento de mérito.

Cumprе assinalar, mais, que, à parte essas hipóteses extraordinárias que excepcionam a incidência do tão citado § 3º, não se podem perder de vista, de outra banda, aqueles casos em que a autoridade competente, na origem, haja mal aplicado a regra legal, determinando o trancamento do recurso em *fattispecie* que não o comportaria.⁵⁰

O que ficou dito sobre a competência dos tribunais superiores para as medidas cautelares destinadas a conferir efeito suspensivo aos recursos há de valer no relativo às medidas de igual natureza voltadas ao objetivo de fazer subir de pronto os recursos que, nos termos do dispositivo em foco, deveriam permanecer retidos. Como a experiência tem mostrado, revelaram-se deveras freqüentes os casos em que a retenção poderia ocasionar prejuízos graves e de incerta ou difícil reparação, donde a necessidade de ser o recurso alçado de pronto ao tribunal *ad quem*. A decisão tem de ser deste tribunal, pela incidência da citada regra do art. 800, parágrafo, e pelas demais razões que vêm de ser expostas – desde a interposição do recurso e ainda antes do exame primeiro de sua admissibilidade.⁵¹

À primeira vista, poderia parecer que essa deliberação estaria mais ligada ao juízo de admissibilidade, já que se trata de decidir se o recurso

⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, *Comentários* e vol. cit., p. 610.

⁵⁰ O STF surpreendeu um desses casos na AC-MC n. 1.838-RJ, 1ª T., Relatora Ministra Cármen Lúcia, em 20.11.2007, DJe 06.12.2007.

⁵¹ É importante, lembrar: para o caso, já decidiu o STJ, por sua Corte Especial, que tanto se admite o emprego da medida cautelar quanto a do agravo de instrumento (sem divergência), e que também a “simples petição” é admissível para o efeito (por maioria, cf. ATHOS CARNEIRO, *Recurso Especial...* cit., p. 136).

sobe ou não.⁵² Mas não é assim. O que se envolve nessa decisão é o exame da excepcional necessidade de ser quebrada a regra da retenção para o fim de evitar danos graves ou irreparáveis, tema absolutamente estranho ao dos requisitos de admissibilidade. Afigura-se-nos a medida cautelar como a via mais adequada, à luz do sistema, para o objetivo em foco; todavia, não parece prudente fechar questão em matéria de tamanha valia e repercussão. No STJ, como se pode ver de sua jurisprudência, a questão é controvertida, sendo freqüente a utilização do agravo ou da cautelar, mas sem excluir-se a reclamação ou a mera petição. Não são raros os casos em que, utilizada a cautelar ou o agravo, ou ainda a reclamação, o relator, de sua própria iniciativa, preferiu conhecer do pedido como “simples petição”.⁵³ Em todo caso, porém, qualquer que seja o instrumento empregado, a função é nitidamente cautelar.

Em todo caso e qualquer que seja a medida mais adequada ao pedido de *destrancamento* do recurso retido – que entendemos ser mesmo a medida cautelar, admitida a flexibilização preconizada pelo STJ –, para essa hipótese não têm os tribunais superiores como deixar de render-se à evidência de que a simples interposição do recurso instaura a competência deles. É claro: se o recurso está retido, isso resulta de uma deliberação do presidente do tribunal *a quo*, que, por força mesmo da retenção, *não terá examinado a admissibilidade*. Mas, ainda assim, não se duvida de que a liberação para subida imediata deve ser requerida, como tem sido, ao tribunal *ad quem*, o que parece respaldar a tese nossa segundo a qual é a interposição e não a admissão que inaugura a competência deste para tudo o que diga respeito ao recurso, particularmente no relativo às medidas cautelares.

Não é nada raro que a determinação de *destrancamento* do recurso – quando deferida, como é da hipótese, antes de exercer o presidente do tribunal *a quo* o juízo inicial de admissibilidade – venha acompanhado da ressalva seguinte: a essa autoridade apenas se determina que de pronto

⁵² Esse o raciocínio seguido no julgamento, pela 3ª T. do STJ, da MC n. 2.361, em 08.02.2000, quando o relator, Ministro Nilson Naves, chegou a afirmar que “não existe diversidade ontológica entre ‘não admitir’ e ‘reter’ o recurso.”

⁵³ V.g., Rcl n. 727, 2ª Seção, Relator Ministro Waldemar Zveiter, Relator designado Ministro Barros Monteiro, em 10.05.2000, DJ de 11.06.2001, p. 89; REsp n. 264.193, 4ª T., Relator Ministro Ruy Rosado, DJ de 27.11.2000; AgRAg n. 292.734, 3ª T., Relator Ministro Ari Pargendler, DJ de 27.08.2001; Rcl n. 781-SP, 2ª Seção, Relator Ministro Ari Pargendler, em 12.06.2002, RSTJ 159/292. Mais recentemente, MC n. 7.530-MT, 1ª T., Relator Ministro Luiz Fux, em 09.03.2004, DJ de 05.04.2004.



decida da admissibilidade, livremente, sem qualquer condicionamento ao teor do decidido pela instância *ad quem*.⁵⁴

Como se vê, essa realidade dificilmente se pode conciliar com a idéia presente na jurisprudência sumulada do Pretório Excelso, segundo a qual a competência daquela Corte (ou do STJ, quando seja o caso) relativamente ao recurso excepcional só se instaura a partir da decisão de admissibilidade primeira proferida por quem de direito na tribunal *a quo*. Aliás, a Suprema Corte precisou desembaraçar-se desse dilema no espécime jurisprudencial citado à nota 50, caso em que *as duas cautelas* eram postuladas, tendo decidido não conhecer do pedido no alusivo à concessão de efeito suspensivo e deferir o de *destrancamento*.

Essa posição implica admitir que, para alguns efeitos, a competência da Corte Superior só se instaura a partir da decisão admissória na origem, mas, para outros, acha-se já afirmada antes desse ato processual.

6. CONCLUSÕES.

A função jurisdicional cautelar caracteriza-se pelo escopo de assegurar o resultado útil de outro processo, dito principal, que tanto pode existir já ao tempo do pedido precautório (cautelar incidente) quanto estar apenas antevisto no futuro (cautelar antecedente), caso em que o pedido de cautela deve desde logo identificá-lo. Assim, ainda que autônomo no sentido procedimental, o processo cautelar acha-se sempre e umbilicalmente ligado a outro processo, dito principal, existente ou previsto – ainda que, por razões diversas, este possa não chegar a existir concretamente. Também por isso, e não apenas pela função (acautelatória ao invés de satisfativa) ele se distingue das antecipações de eficácia da sentença que possam ocorrer no processo não-cautelar.

Os recursos extraordinário *stricto sensu*, carecendo de eficácia suspensiva, não asseguram desde logo ao recorrente a posição de vantagem por ele perseguida, entrando a vigorar com restrições mínimas o julgado por qualquer deles hostilizado. Deste, ocasionalmente podem defluir conseqüências deveras gravosas para o vencido, cuja esfera jurídica pode ser intensamente afetada por decorrências que continuarão a atuar sobre

⁵⁴ V. g., STF, Pet-MC n. 3.284-SP, 1ª T., Relator Ministro Carlos Britto, em 16.12.2004, DJ de 10.06.2005, p. 51; STJ, MC n. 13.357-RJ, 1ª T., Relator Ministro Luiz Fux, em 16.10.2008, DJe de 03.11.2008.

ela sem embargo da pendência do recurso, cujo julgamento, como é de todos sabido, costuma tardar consideravelmente. Cumpre a medida cautelar, então, a função de outorgar ao recurso raro, no todo ou em parte, a eficácia suspensiva que, de regra, ele não tem.

A necessidade remédio dessa ordem resulta de que o eventual provimento de algum desses recursos corre o risco da inutilidade, por encontrar a situação de fato já tão profundamente alterada pelo decurso do tempo ou pela própria eficácia da decisão recorrida que já não seja possível a restituição das coisas ao estado que deveria resultar do julgamento. A fim de conjurar essa indesejável ocorrência, pelo menos nos casos em que se possa antever a probabilidade dela, é possível buscar providências de acautelamento que afastem ou reduzam o inconveniente apontado, medidas tipicamente cautelares, que, aliás, tanto encontram previsão e amparo no Código de Processo Civil quanto nos regimentos internos dos tribunais aos quais se destinam aqueles recursos. Seu objetivo é, em termos práticos, o de conferir eficácia suspensiva ao recurso que, de regra, não o tem.

Parece correto afirmar-se que um recurso começa a existir a partir de sua interposição. Entretanto, nos extraordinários, mais do que nos outros – por tratar-se de recursos de fundamentação vinculada –, assume particular importância o ato de admissão inicial pela autoridade a quem esteja cometida essa atribuição (em regra, o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido). A diferença está em que esse exame de admissibilidade se traduz necessariamente em decisão fundamentada, na qual são sopesados todos os requisitos formais de admissibilidade, vale dizer, a conformidade da interposição à previsão constitucional que lhes dá vida; a ajustabilidade dela à moldura desenhada na Constituição.

Sem embargo da importância desse ato, impende ter-se presente que sua prática não condiciona a existência nem o teor do recurso, intuitivamente definidos pela interposição. Inexiste, pois, razão para que se condicione a admissão da ação cautelar tendente a outorgar-lhe excepcional eficácia suspensiva a esse ato de passagem do recurso pelo primeiro crivo de admissibilidade, exercido no tribunal *a quo*.

Também não há bom fomento jurídico para erigir-se o ato de admissão na origem a divisor de águas da competência para o exame das medidas cautelares a ele pertinentes. O recurso já interposto ou cuja

interposição se espera e promete, no que diz respeito às providências de acautelamento, tem de ser visto como o processo acautelado, de tal sorte que a competência para conhecer e decidir daquelas medidas acha-se submetido à regra do art. 800, parágrafo, do Código de Processo Civil. No particular, portanto, a jurisprudência sumulada do Pretório Excelso que só dá por inaugurada essa competência dos tribunais superiores com a admissão do recurso no tribunal *a quo*, com a mais respeitosa vênua, não corresponde à melhor solução, seja do ponto de vista dos princípios, seja à luz do direito positivo nacional. Tampouco explica a distinção estabelecida arbitrariamente, para o efeito, entre a cautela que busca agregar efeito suspensivo e a que objetiva liberação do recurso retido.

As conclusões que vêm de ser expostas aplicam-se, por idênticas razões, às medidas tendentes a liberar da retenção os recursos excepcionais que a ela se hajam submetido segundo o art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil. Também essas são, em princípio, medidas cautelares, mas não há inconveniente maior em que se liberalizem para o mesmo efeito outras providências – postuladas, em qualquer caso, ao tribunal *ad quem*. Aliás, a pacífica aceitação dessa competência pelos Tribunais Superiores, sem cogitar de que o recurso já esteja ou não admitido na origem (certo que, por hipótese, não estará) dificilmente se compatibiliza com o espírito da jurisprudência sumulada, que recusa a mesma competência enquanto não haja o recurso passado pelo primeiro juízo de admissibilidade.

MUDANÇAS NO TRIBUNAL DO JÚRI

Jorge Mussi

Ministro do Superior Tribunal de Justiça



MUDANÇAS NO TRIBUNAL DO JÚRI

Jorge Mussi

A Câmara dos Deputados aprovou em 14.05.2008 o Projeto de Lei n. 4.203 que altera o Código de Processo Penal em relação ao procedimento no Tribunal do Júri.

O projeto de lei, que faz parte de um pacote antiviolação que vem sendo analisado pelo Congresso Nacional, já foi aprovado pelo Senado, seguindo para a sanção do Presidente da República, que ocorreu em 09.06.2008, sendo transformado na Lei n. 11.689, que entrou em vigor 60 dias após publicada no Diário Oficial da União, isto é, em 09.08.2008, e permite que, mesmo os crimes já cometidos, mas ainda em apuração ou em julgamento, possam ser por ela atingidos, visto que se trata de matéria de direito processual.

A novel legislação, em seu art. 4º, expressamente revogou o Capítulo IV do Título II do Livro III, do Decreto-Lei n. 3.689, de 03.10.1941, atual Código de Processo Penal, banindo do ordenamento jurídico a figura do protesto por novo júri.

O protesto por novo Júri, recurso exclusivo da defesa, antes previsto no art. 607 do Código Processual Criminal, consistia na possibilidade de que se requeria um novo julgamento pelo Conselho de Sentença sempre que a pena aplicada ao condenado por homicídio for igual ou superior a 20 anos. Entendiam os doutrinadores que se cuidava de direito líquido e certo do condenado que teve fixada pena superior a 20 anos em razão de julgamento pelo Tribunal Popular que, nesses casos, sempre poderia

requerer que fosse submetido a um segundo veredicto; ou seja, era praticamente um recurso automático.

Historicamente, o protesto por novo júri se impunha em face do sistema criminal do Império cominar as penas de morte e de galés perpétuas, justificando a revisão obrigatória de julgamentos em que se fixavam sanções tão severas.

Nos tempos modernos, não há mais como se admitir tal mecanismo processual, sendo que a sua supressão já vinha sendo clamada há tempos, inclusive pelo mais fervoroso defensor do Tribunal Popular, o magistrado Magarinos Torres, que, presidindo durante tantos anos o Conselho de Sentença, tachou este recurso de supérfluo e inconveniente.

A extinção deste instituto, que sempre entendi desmoralizador da instituição do Júri, impedirá a repetição de situações absurdas como a que ocorreu no novo julgamento dos acusados do *Massacre da Candelária*, ocorrido em 2003, em que um dos réus, após ter sido condenado ao cumprimento de 30 anos de reclusão, acabou absolvido no segundo julgamento, permitido por força do protesto por novo júri, e do fazendeiro acusado da morte de Dorothy Stang, recentemente absolvido, também num segundo julgamento, após ter sido condenado ao cumprimento de 30 anos de reclusão pelo assassinato da missionária americana.

Casos como estes ajudam a denegrir a desacreditar o Poder Judiciário, na medida em que repercutem negativamente na imprensa mundial, e dão à sociedade uma sensação de injustiça e impunidade.

Quanto ao aspecto do alcance da pena justa, forçoso é reconhecer que, embora condenado por homicídio com mais de uma qualificadora, muitos réus eram beneficiados com reprimendas inferiores a 20 anos, para evitar as inconveniências e incongruências de um novo julgamento e de seu resultado. Pretende-se, igualmente, evitar os riscos de uma absolvição do réu que já teve sua culpa anteriormente reconhecida pelo Tribunal Popular.

A manobra tinha um evidente sentido ilusório da justiça material, pois, aplicando-se em caso de homicídio intensamente qualificado pena inferior a 20 anos, o Juiz jamais conseguiria reprovar suficientemente a conduta ilícita levada à sua apreciação.

Portanto, a supressão desse vetusto e inadequado recurso era uma imposição dos tempos modernos e traduz-se na necessidade de aplicar-se ao condenado pelo crime de homicídio a justa reprimenda pelos fatos criminosos cometidos, e com isso garantir-se a soberania e eficácia das decisões populares.

A Lei n. 11.689/2008 é moderna e sintonizada com as exigências da celeridade e efetividade da Justiça, e vem para aperfeiçoar a legislação processual penal, impedindo o uso de artifícios que por vezes conduzem à impunidade e à injustiça.

**O ADVOGADO CREDOR DE HONORÁRIOS
DE SUCUMBÊNCIA; LITISCONSORTE
NECESSÁRIO NA AÇÃO RESCISÓRIA**
Francisco Peçanha Martins

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça



O ADVOGADO CREDOR DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA; LITISCONSORTE
NECESSÁRIO NA AÇÃO RESCISÓRIA

Francisco Peçanha Martins

O advogado exerce a nobre profissão de defender o interesse jurídico de seu semelhante. Na Roma antiga, o *advocatus* era o parente ou amigo do acusado que o defendia em Juízo. Era o patrono, o orador.

ULPIANO, no Digesto, assim definia o *jus postulandi*: “*postulare este desiderium suum vel amici in jure apud eum qui jurisdictione praest, exponere vel alterius desiderio contradicere*” (Postular é expor seu desejo ou o do amigo, em direito, perante aquele que goza de jurisdição ou contradizer o desejo de outrem.)

Foi na França, em 1327, que o Rei Felipe estabeleceu, em ordenança, que só os inscritos nos quadros da ordem (corporação), após aprendizagem, poderiam advogar.

No Brasil, criada a Ordem dos Advogados pelo Decreto n. 19.408, de 18.10.1930, somente os legalmente inscritos podem advogar, a teor do que dispunham o Decreto n. 20.784, de 19.12.1931, com vigência a partir de março 1933 (Decreto n. 22.266, de 28.12.1932); a Lei n. 4.215, de 27.04.1963; e estabelece a Lei n. 8.906/1994, o vigente Estatuto da Advocacia.

A relação entre a parte ou quem a represente, e o seu defensor, é de mandato com representação (Liebman, *in* Manual de Direito processual Civil, n. 45, p. 97).

Clóvis Beviláqua ensina que “o contrato de advogado constituído para a defesa de uma causa participa da natureza do mandato e da prestação de serviço, em íntima conexão”.

Figura indispensável à administração da Justiça (art. 133 CF), “a parte será representada em Juízo por advogado legalmente habilitado” (art. 37, 1ª parte, do CPC), atua nos autos em nome do cliente, exercitando o mandato conferido, por procuração.

Defensor imprescindível dos interesses jurídicos dos cidadãos no processo judicial, o advogado sobrevive graças á remuneração auferida pelos relevantes serviços prestados.

A capacidade de requerer em juízo, o *jus postulandi*, é a maior das prerrogativas da advocacia. O advogado, exercendo o mandato, atua, através de procuração, em nome do constituinte, na defesa da liberdade e dos seus interesses jurídicos materiais e morais.

No seu ministério privado, o advogado presta *serviço público*, constituindo, com os juízes e membros do Ministério, elemento indispensável à administração da Justiça, como instituía o art. 68 da Lei n. 4.215/1963 e proclama o art. 133 da Constituição.

Trata-se, pois, de figura indispensável do processo judicial, exercendo, na lide, a defesa do seu cliente.

A remuneração do advogado, o primeiro dos seus direitos, como a dos profissionais liberais, denomina-se “honorários”, que podem ser contratados, arbitrados ou fixados em sentença, por força da sucumbência.

A lei vigente pôs fim à controvérsia que lavrava na doutrina e na jurisprudência quanto á titularidade dos honorários de sucumbência. Afirmavam renomados juristas que pertenciam ao cliente vitorioso na lide, pois se justificariam como ressarcimento à parte pelos ônus despendidos para a defesa do seu legítimo interesse jurídico.

Interpretavam, então, literalmente o disposto no art. 20 do CPC, não obstante a Lei n. 4.215/1963 afirmasse o “direito autônomo” dos advogados sobre tais honorários.



A Lei n. 8.906/1994 veio dissipar todas as dúvidas sérias a respeito do tema, positivando, peremptoriamente, nos seus artigos 22 e 23:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

E no art. 24 e parágrafos o Estatuto da Advocacia assegura ao advogado a execução dos honorários:

Art. 24. A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial.

§ 1º. A execução dos honorários pode ser promovida nos mesmos autos da ação em que tenha atuado o advogado, se assim lhe convier.

§ 2º. Na hipótese de falecimento ou incapacidade civil do advogado, os honorários de sucumbência, proporcionais ao trabalho realizado, são recebidos por seus sucessores ou representantes legais.

.....
§ 4º. O acordo feito pelo cliente do advogado e a parte contrária, salvo a aquiescência do profissional, não lhe prejudica os honorários, quer os convencionados, quer os concedidos por sentença.

O Pretório Excelso, por suas 1ª e 2ª Turmas, assentou a jurisprudência positivando a natureza jurídica de contraprestação alimentar dos honorários advocatícios de qualquer espécie (RREE n. 146.318-0-SP(2ªT.), 170.220-6-SP(2ªT.) e 470.407-2-DF(1ªT.)).

O STJ, de igual modo, pacificou a sua jurisprudência proclamando a natureza alimentar dos honorários de sucumbência, como se pode

observar nos ERESP n. 706.331-PR (CE); n. 724.158-PR (CE), 854.535-RS (1ª S.), e inúmeros julgados das Seções e Turmas.

E o fez também com apoio nos artigos 19, § único, I, da Lei n. 11.033/2004, e 649, IV, do CPC, que incisivamente estabelecem:

Art. 19. O levantamento ou a autorização para depósito em conta bancária de valores decorrentes de precatório judicial somente poderá ocorrer mediante a apresentação ao juízo de certidão negativa de tributos federais, estaduais, municipais, bem como certidão de regularidade para com a Seguridade Social, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e a Dívida Ativa da União, depois de ouvida a Fazenda Pública. (*Vide Adin n. 3.453-7*)

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no *caput* deste artigo:

I - aos créditos de natureza alimentar, inclusive honorários advocatícios;

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

(...)

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; (CPC – Redação da Lei n. 11.382/2006)

No direito brasileiro temos, pois, como verdade dogmática, que os honorários de qualquer espécie, inclusive os de sucumbência, *pertencem* ao advogado, e o contrato, a decisão e a sentença que os estabelecem são títulos executivos.

Não há, pois, como negar a propriedade do advogado sobre os honorários de sucumbência.

A SUCUMBÊNCIA

O princípio processual da sucumbência, a *distrazione* italiana, foi inserido no art. 20 do CPC, que dispõe:



Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

A norma é imperativa – *condenará*. Ao juiz não resta senão estabelecer o *quantum* dos honorários devido ao advogado, dentro dos parâmetros instituídos nos §§ 3º, 4º e 5º do art. 20.

A princípio, a jurisprudência condicionou a condenação nos honorários de sucumbência a requerimento formulado pela parte. A Súmula 256 do STF, porém, proclamou a desnecessidade de pedido expresso para a condenação nos honorários de sucumbência:

Súmula n. 256 STF - É dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários, com fundamento nos arts. 63 ou 64 do Código de Processo Civil.

Temos, então, que pertencem ao advogado os honorários de sucumbência, a cujo pagamento o Juiz, na sentença, *condenará* o vencido. Duas são as premissas inafastáveis ao silogismo:

O advogado é titular do direito patrimonial aos honorários de sucumbência, cujo pagamento o Juiz deverá impor ao vencido, haja ou não pedido expresso formulado nos autos.

Poderá ocorrer, porém, que o Juiz, embora obrigado a condenar o vencido ao pagamento da verba honorária, não o faça.

Perguntar-se-á: quem poderá recorrer contra a omissão?

YOUSSEF CAHALI, o maior tratadista sobre a matéria, dilucidando sobre a autonomia do direito do advogado, ratificada pelo art. 23 da Lei n. 8.906/1994, afirma a sua legitimidade para recorrer, em nome próprio:

Mas também, referindo-se agora que tais honorários pertencem ao advogado, impende reconhecer que este encontra-se agora investido de legitimidade, também para recorrer, em nome próprio, da sentença proferida em favor do cliente, na parte referente aos honorários da sucumbência, seja no caso de ter sido negada a verba, seja igualmente no caso de ter sido esta fixada em quantia

irrisória, ou desconforme às regras do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC (*In Honorários advocatícios*, 3ª ed. RT, p. 809).

Vale notar que, nos autos da ação originária, o advogado atua em nome do cliente, mas a sentença, como ensina CHIOVENDA, faz nascer em seu favor o direito à verba honorária, o que assegura o direito de recorrer também em nome próprio.

Mas a autonomia do direito do advogado aos honorários não impede a execução da sentença em nome do cliente. É, aliás, dever do advogado fazê-lo, na hipótese de permanecer exercendo o mandato. Investido, pela sentença, do direito à percepção dos honorários de sucumbência, instaurar-se-ia, na execução da sentença proferida na ação originária, um litisconsórcio entre o constituinte e o advogado, como esclarece CAHALI:

Com a titularidade do direito aos honorários da sucumbência, que agora lhe é expressamente atribuída, o advogado é introduzido, de alguma forma, na relação processual que se estabelece a partir da sentença condenatória nessa parte, quando antes, o processo seria quanto a ele uma *res inter alios*. (Id. p. 804)

.....

Com esta inserção do advogado no pólo da relação executória, na parte referente aos honorários da sucumbência, sem a necessária ou concomitante exclusão do vencedor titular do todo da condenação principal, permite-se reconhecer agora, na hipótese, mesmo por analogia, o estabelecimento de um litisconsórcio facultativo entre o advogado e o cliente, fundado na solidariedade ativa que entre ambos se configura, na parte referente aos honorários da sucumbência, respeitado sempre o direito autônomo do advogado a tais honorários que lhe pertencem (Aut. ob. cit. id. p. 805).

Após afirmar que o advogado é credor da parte vencida por força do disposto no art. 23 do Estatuto, Candido Dinamarco positiva:

A segunda das disposições contidas no art. 23, consistente na afirmação do *direito autônomo para executar a sentença nessa parte*, é de natureza processual e conceitua-se como norma concessiva de legitimidade *ad causam* ativa. Tal direito autônomo outra coisa



não é senão a legitimidade para promover aquela execução (CPC, art. 3º). É uma legitimidade ordinária, não extraordinária, porque o profissional que promove aquela execução está a atuar em nome próprio, por um interesse próprio e não alheio. Essa é uma projeção do primeiro dos preceitos contidos no art. 23 porque obviamente, sendo ele próprio o credor e não o constituinte, o que vier a pedir será pedido para si e não para outrem (Candido Rangel Dinamarco, Fundamentos do Processo Civil Moderno, 4ª ed. M. t. I, p. 692).

Não mais permanecendo como patrono do cliente, o advogado terá direito a requerer o arbitramento dos seus honorários. Mas, se o substabelecimento ou revogação da procuração ocorrer após o trânsito em julgado da sentença, os honorários da sucumbência lhe pertencerão, e deverá, na hipótese, promover a execução em seu próprio nome.

A COISA JULGADA

Transitada a sentença em julgado, temos formada a eficácia imutável e indiscutível, com força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Ora, é indiscutível que uma das questões imperativamente decididas será, sempre, em todas as ações ajuizadas perante o Estado (salvo a exceção em que se admite a defesa pela própria parte), a relativa à sucumbência, com a condenação impositiva do vencido ao pagamento dos honorários advocatícios.

Temos, então, que haverá sempre, na coisa julgada, a declaração de direitos: o reconhecimento da pretensão do Autor, se procedente a ação, ou, a negação do direito reclamado, caso improcedente a ação; e, em qualquer hipótese, procedente ou não a ação, a condenação do vencido ao pagamento dos honorários de sucumbência, devidos ao advogado do vencedor, de natureza remuneratória alimentar, como já assentaram o STF e o STJ (RREE n. 470.407 e EREsp n. 706.331), pacificando a jurisprudência nacional, em consonância com o art. 22 e seguintes da Lei n. 8.906/1994, art. 19, parágrafo único, I, da Lei n. 11.033/2004, e art. 649, IV, do CPC, acrescentado pela Lei n. 11.382/2006.

AÇÃO RESCISÓRIA

Pontes de Miranda no seu “Tratado das Ações” classifica a ação rescisória como de natureza constitutiva negativa, positivando que “na ação rescisória há julgamento de julgamento. É, pois, processo sobre novo processo. Nela, e por ela, não se examina o direito de alguém, mas a sentença passada em julgado, a prestação jurisdicional, não apenas apresentada (seria recurso), mas já entregue. É remédio jurídico processual autônomo. O seu objeto é a própria sentença rescindenda – porque ataca a coisa julgada formal de tal sentença – a *sententia lata et data*. Retenha-se o enunciado: ataque a coisa julgada formal.” (Autor – ob. cit. Tomo IV, ed. RT, 1973, p. 499)

Continuando a ensinar, diz o mestre que “exercida a pretensão à rescisão e rescindida a sentença ultima-se o juízo rescindente”, para concluir; “A sentença na ação rescisória, quanto ao juízo rescindente, rompe, cinde a sentença; havia sentença; não há mais.” (Aut. ob. cit. p. 509).

Barbosa Moreira, comentando o art. 485 do CPC, afirma que “enquanto não rescindida, apesar de defeituosa, a sentença tem força que normalmente teria, e produz os efeitos que normalmente produziria, se nenhum vício contivesse”, referindo a comentário do mestre Pontes de Miranda, em pé de página n. 151: “A eficácia da sentença rescindível é completa, como se não fosse rescindível” (*In Coment. ao CPC*, vol. V, 4ª ed. Forense, p. 131).

A sentença rescindível, vale dizer, a coisa julgada, permanece eficaz enquanto não rescindida. E como estabelece o art. 24 da Lei n. 8.906/1994, é título executivo, podendo processar-se a execução dos honorários nos mesmos autos da ação ou em outro processo próprio.

Assim, temos como verdades assentadas que a sentença *condenará* o vencido, ao pagamento de honorários de sucumbência; que *pertencem* ao advogado do vencedor na lide; que a coisa julgada rescindível manterá eficácia enquanto não for rescindida; que o capítulo condenatório da sentença é título executivo, de propriedade do advogado; que a verba honorária é remuneratória alimentar e é *absolutamente impenhorável* (art. 649, IV, do CPC).

CITAÇÃO NECESSÁRIA

Titular de direito líquido e certo constituído pela coisa julgada, poderá sofrer o advogado ameaça ao seu patrimônio sem ser citado para integrar a lide rescisória?

No Estado democrático de Direito da República do Brasil:

A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV CF); “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI CF); “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV CF); “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV CF).

Dúvidas não podem restar quanto a titularidade do direito do advogado aos honorários de sucumbência constituído pela coisa julgada *ex vi legis*.

Direito material conferido pela sentença rescindenda, poderá ser ameaçado, aniquilado, desconstituído pela sentença a ser proferida na ação rescisória sem que ao advogado, titular de direito substantivo executável, seja dada oportunidade de defesa? Poderá o causídico perder seu patrimônio, a contraprestação do seu trabalho de natureza alimentar, sem ser chamado à lide para exercer o contraditório?

A “citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender” (art. 213 do CPC) e “para a validade de processo é indispensável a citação inicial do réu” (art. 214 do CPC).

No direito brasileiro, a falta de citação do réu ou interessado, importa nulidade do processo (... art. 245, parágrafo único c.c. art. 248 CPC).

CÂNDIDO DINAMARCO, no seu livro Instituições de Direito Processual Civil, acentua que “a citação tem importância de primeiríssima grandeza no sistema do processo civil, porque dela depende estritamente a efetividade da garantia constitucional do contraditório”.

E não pode caber na cabeça de ninguém possa alguém ser ameaçado ou privado de seus bens sem o devido processo legal, de que são corolários o contraditório e a ampla defesa.

Aferram-se, porém, alguns na interpretação literal do art. 487 do CPC, negando ao advogado a condição de litisconsorte necessário na lide rescisória. Dizem que o advogado não seria parte na ação originária e, por isso, não poderia figurar na lide rescisória. Raciocinam, ainda, esclerosadamente, sob o enfoque de que a sucumbência teria o caráter de ressarcimento, pertencente a verba honorária ao cliente vencedor da lide.

Data venia, na vigência da Lei n. 8.906/1994, o raciocínio é caduco, não resiste ao simples confronto com as leis vigentes e com a jurisprudência pacífica do STF e do STJ, uníssonas no proclamar a natureza remuneratória e alimentar dos honorários.

Os honorários de sucumbência *pertencem* ao advogado e a condenação do vencido constitui um dos capítulos necessários de toda e qualquer sentença, inclusive na de improcedência da ação.

O direito constituído pela sentença, o capítulo da coisa julgada que o inseriu na esfera jurídica do advogado vitorioso, não poderá ser anulado sem que o titular dele seja chamado à lide rescisória.

O advogado é, sim, litisconsorte necessário do cliente. A coisa julgada que lhe conferiu o direito não poderá ser rescindida sem que sejam, ambos, citados para a ação rescisória, de modo a que possam, de *per si*, em nome próprio, exercer o contraditório e a ampla defesa.

Outra não pode ser a conclusão lógica face aos termos dos arts. 46, II e 47 do CPC, que valem transcritos:

Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

(...)

II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;

Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a



lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

O capítulo condenatório da sentença em honorários de sucumbência estará sempre imbrincado ao direito da parte vitoriosa, seja ou não procedente a ação ou procedente em parte, como enuncia a Súmula n. 306 do STJ:

Súmula n. 306: Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.

Pertencendo ao advogado os honorários da sucumbência, é indubitável que a sentença o faz integrante da lide desde a ação originária, com direito patrimonial próprio, autônomo, executável. Credor de honorários conferidos pela coisa julgada *ex-vi-legis*, o advogado tem legítimo e indiscutível interesse jurídico a defender na ação rescisória. O seu direito não poderá ser ameaçado ou desconstituído sem a sua presença na lide rescisória para exercer o imprescindível exercício do contraditório e da ampla defesa.

O Professor Frederico Marques, no seu “Manual de Direito Processual Civil”, ensina:

Legitimado passivo, na ação rescisória, é aquele em favor de quem foi proferida a sentença passada em julgado, bem como seu sucessor a título universal ou singular.

O Ministro Luiz Fux, renomado processualista, positiva que “o processo tem que ter a participação de todos aqueles em relação aos quais a sentença vai influir na esfera jurídica”.

Por óbvio, a pretensão rescisória poderá restringir-se a vício contido no capítulo da sentença condenatória relativo aos honorários de sucumbência. Na hipótese, indiscutível a legitimação *ad causam* do advogado. O saudoso Ministro Coqueijo Costa já a afirmava na vigência da Lei n. 4.215:

Na rescisória, proposta pela parte condenada na ação originária, indevida ou irregularmente, em honorários advocatícios, o réu legitimamente passivo é o advogado, já que o crédito de tal parcela sentencial lhe pertence de direito, autorizando-o a mover ação de execução independente para cobrar a verba honorária, ou, se for o caso, pedir precatório expedido em seu nome. É o que dessume da Lei n. 4.215, de 27.04.1963 (Aut. ob. cit. 7ª ed, revista e atualizada pelo jurista Gustavo Lanat Pedreira de Cerqueira, que em nota ao item 94, reafirma a lição face à Lei n. 8.906/1994).

O eminente Ministro Cláudio Santos, festejado processualista, em artigo intitulado “O advogado credor de honorários na sentença e a ação rescisória”, assinalou:

O direito material disciplinado em lei (Estatuto da Advocacia), ou seja, a titularidade dos honorários, e surgido na sentença, entretanto, somente pode ser atingido, através da desconstituição daquela sentença, se presente o verdadeiro interessado na verba honorária, o seu proprietário, tanto mais que transitada em julgado a sentença, surgida a coisa julgada, torna-se imutável e indiscutível. Portanto a ação rescisória com o objetivo de rescindir a sentença, no concernente à sucumbência, como no caso, importa em ameaça de desfalque ao patrimônio do advogado, o que torna imperativa sua indispensável presença no processo, como parte.

Se assim não se entender, inafastável é a idéia de estar-se diante de uma espécie de *litisconsórcio necessário*, por força dos vínculos de direito material antes demonstrados, decorrentes da lei (Estatuto da Advocacia) ou mesmo da natureza da relação jurídica (art. 47 do CPC). Daí a decisão proferida na ação rescisória contra a parte, necessariamente, deveria ser uniforme em relação àquela e ao verdadeiro titular dos honorários, o advogado, o que não é possível por não terem sido estes citados ou chamados para integrar o pólo passivo da ação rescisória (Aut. ob. cit. publ. in Revista de Direito Renovar n. 13, pp. 15 e 20, jan/abril de 1999).

Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, no “Curso de Direito Processual Civil”, embora classificando o advogado como terceiro na ação rescisória, positavam:



Merece consideração especial a possibilidade de que seja legitimado para integrar o pólo passivo da ação rescisória terceiro que não integrou a relação processual da ação matriz. Essa possibilidade depende diretamente do pedido deduzido no juízo rescisório.

A possibilidade acima referida relaciona-se perfeitamente com o caso de uma ação rescisória que objetiva exclusivamente a desconstituição do capítulo da sentença reservado à condenação ao pagamento dos honorários advocatícios. O advogado da parte do processo originário, à época um terceiro, apresenta-se, nessa oportunidade, na posição de parte da relação jurídica material que está sendo objeto da discussão em sede de rescisória. Assim, parece claro que essa ação rescisória trata de questão de interesse somente do advogado e não mais de seu cliente/representado, o que torna imprescindível a participação daquele na relação processual estabelecida.

Enfim, a legitimidade passiva na ação rescisória deve observar o capítulo da decisão que se busca rescindir, para identificar quem é o titular atual do direito ali certificado, que será a parte legítima nessa ação autônoma de impugnação (Aut. ob. cit. 3º v. p. 258)

Há quem defenda a tese de que o crédito aos honorários advocatícios só poderá ser rescindido se houver pedido explícito de rescisão dessa parte do julgado, por isso que corresponde tal verba à contraprestação de serviços profissionais prestados na ação originária. Penso que não, embora não afaste a possibilidade de rediscutir a tese. É que, nascendo com a sentença o direito aos honorários de sucumbência, uma vez anulada, cessarão os seus efeitos. Por certo se os vícios da sentença disserem respeito apenas ao capítulo dos honorários, será o advogado credor o legitimado para responder à ação rescisória. Mas, se o objeto da ação for a rescisão integral da sentença, todos os direitos por ela constituídos estarão ameaçados de aniquilamento, inclusive o direito aos honorários devidos por uma sucumbência submetida a anulação.

São vários os precedentes jurisprudências de ações rescisórias propostas contra advogados, valendo transcritas as suas ementas:

Ação Rescisória limitada a verba honorária. Estando o Advogado, conforme a Lei Especial, legitimado para cobrar a verba honorária, havendo pretensão rescisória que busca exatamente a redução

dos honorários é ele legitimado passivamente (Ação Rescisória n. 598470615 – Relator Desembargador Cezar Tasso Gomes, Relator para acórdão Bayard Ney de Freitas Barcellos, 6º Grupo de Cam. Cíveis do TJ-RS, julgado em 24.11.2000).

Direito Processual Civil. Ação Rescisória. Honorários em Mandado de Segurança. Advogados. Legitimidade passiva. Violação de literal disposição da lei. Questão dirimida pela jurisprudência. Inocorrência. Jurisprudência. Considerando que, embora não titulares da causa, os advogados do vencedor são os destinatários dos honorários deferidos pela sucumbência, tendo, inclusive, legitimidade para, na forma autônoma executar dita verba, podem e devem eles figurar no pólo passivo da rescisória, onde o que se busca é exatamente desvalidar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios (Ação Rescisória n. 1.0000.04.409417-5/000(I) - Relator Desembargador Moreira Diniz, 7º Grupo de Câmaras Cíveis do TJ-MG, publ. em 24.11.2006)

E não são poucos os feitos em que o cliente e o advogado são chamados à lide rescisória, como se pode observar no AR n. 3.219-RS, julgada pela 2ª Seção do STJ:

Ação Rescisória n. 3.219 - RS (2004/0173585-6)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Relator para acórdão: Ministro Castro Filho

Revisora: Ministra Nancy Andrighi

Autor: Banco do Brasil S.A.

Advogado: Orival Grahl e outro(s)

Réu: Marsiaj Oliveira Incorporações Imobiliárias Ltda. - Massa Falida

Repr. por: Otávio Augusto Fontoura - Síndico

Réu: Paulo Marsiaj Oliveira

Réu: Paulo Anníbal Beck Oliveira

Réu: José Augusto Gomes Martins

Réu: Martha Beck Oliveira Martins

Réu: Myrian Lais Cunha Beck de Oliveira



Réu: Oswaldo Sérgio da Cunha Beck - Espólio

Repr. por: Oswaldo Sérgio Ferreira Beck

Réu: Ceci Ferreira Beck - Espólio

Repr. por: Paulo Anníbal Beck Oliveira

Litis.: Fernando Chagas Carvalho Neto e outro

Advogados: Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite e Silas Nunes Goulart

Ementa

Ação Rescisória como sucedâneo de recurso.

Descabimento.

A ação rescisória não é sucedâneo de recurso não interposto no momento apropriado, nem se destina a corrigir eventual injustiça de decisão. Constitui demanda de natureza excepcional, de sorte que seus pressupostos devem ser observados com rigor, sob pena de ser transformada em espécie de recurso ordinário para rever decisão já ao abrigo da coisa julgada.

Pedido rescisório improcedente.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, após divergência inaugurada pelo Ministro Castro Filho, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler julgar improcedente a Ação Rescisória, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, a Seção, por maioria, julgar improcedente a Ação Rescisória, vencidos o Sr. Ministro Relator e a Sra. Ministra Nancy Andrigli, que a julgavam procedente, em parte.

Quanto aos honorários advocatícios, a Seção, por maioria, fixou-os em 10% sobre o valor da causa, vencidos, no ponto, os Srs. Ministros Castro Filho e Carlos Alberto Menezes Direito. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Castro Filho. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa e Cesar Asfor Rocha (art. 162, § 2º, RISTJ). Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

Brasília, 14 de fevereiro de 2007. (Data do julgamento)

Ministro Castro Filho

Redator para acórdão

Tem curso perante o Terceiro Grupo Cível da Comarca de Porto Alegre a ação rescisória registrada sob n. 70023973654, proposta contra as partes originais e seus advogados pela Central Distribuição de Alimentos Ltda., representada pelos ilustres advogados e renomados processualistas Adroaldo Furtado Fabrício, Athos Gusmão Carneiro, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Jorge A.A. do Amaral. Dentre os advogados citados para responder a ação figura o jurisconsulto Sergio Bermudes.

Enfim, na ação rescisória devem figurar todos os titulares de direitos constituídos pela coisa julgada, cuja esfera jurídica seja ameaçada de desconstituição. É a lição dos mais eminentes processualistas brasileiros, consagrada pela jurisprudência dos tribunais.

CONCLUSÃO

Não é possível, no direito brasileiro, negar ao advogado a defesa do seu patrimônio constituído pela coisa julgada, em contraprestação dos relevantes e imprescindíveis serviços profissionais prestados na lide originária. Vigente a Constituição e o sistema legal democraticamente instituídos, não é possível imaginar possa alguém ser destituído de direito conferido pela coisa julgada sem ser chamado à lide rescisória para exercer as prerrogativas universais do contraditório e da ampla defesa, consoante o devido processo legal. O advogado credor de honorários de sucumbência será sempre litisconsorte necessário da parte Ré na ação rescisória para defender o direito material inserido na sua esfera jurídica pessoal pela coisa julgada. E se não for citado para dela participar, não poderá ser impedido o seu ingresso na lide, sob pena de nulidade do processo rescisório, pois *no direito brasileiro, ninguém poderá ser ameaçado ou perder os seus direitos sem o devido processo legal, dentre os quais o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, incisos XXXV, XXXVI, LIV e LV), pilares fundamentais do processo e da cidadania.*



**O PODER JUDICIÁRIO - O QUE
ESPERAR DO FUTURO**

Carlos Alberto Menezes Direito

Ministro do Supremo Tribunal Federal



O PODER JUDICIÁRIO – O QUE ESPERAR DO FUTURO

Carlos Alberto Menezes Direito

George Sand, pseudônimo literário de Aurore Dupin, escreveu *La Petite Fadette*, a história da pequena Françoise, uma adolescente com fama de feiticeira que se torna bonita e encantadora quando se envolve com um jovem, o qual logo lhe manifesta repulsa; mas, ao final, depois de ficar rica, casa-se com seu amado.

Quero partir dessa história de transformação heróica para pensar, ainda que sucintamente, sem maiores pretensões e com a limitação do tempo, em voz alta, sobre os rumos do Poder Judiciário brasileiro neste trânsito de nossa vida republicana.

A atividade jurisdicional desperta antagonismos e o que se passa à sociedade é a sua feiúra, a sua lentidão, os males humanos de seus integrantes. Isso se consolida a tal ponto que, na perspectiva do amanhã, pouca ou nenhuma esperança resta ao paciente institucional terminal. É como se a propagação dessa imagem fosse capaz de substituir, pela repetição exaustiva, a realidade subjacente. E mais do que isso, essa massificação pode conduzir à destruição progressiva de um dos pilares da vida democrática. Não custa lembrar a famosa revisão de Anatole France sobre o conto *Barba Azul* de Charles Perrault. Depois de afirmar que já se enunciaram as mais estranhas e falsas opiniões sobre o famoso personagem, Anatole, com seu inconfundível estilo, escreveu: “Que pode a verdade fria e nua contra o prestígio cintilante da mentira?”

Com isso, também, poder-se-ia imaginar que todos estaríamos a prescrever, inconscientemente, que a justiça de cada um substitua a

justiça institucionalizada; que nós seríamos capazes, por nossas intuições e boas intenções, de dizer o direito, fazendo a Justiça da maioria.

Mas seria providencial que pudéssemos refletir um pouco mais antes de decretarmos o óbito do Poder Judiciário, que começa a dar sintomas evidentes e severos, sem dó nem piedade, quando lhe falta a credibilidade social. É que sendo apenas um poder moral, tendo como único armamento a autoridade dos seus julgados, a falta de suporte dos jurisdicionados tira a eficácia, no sentido kelseniano, do seu papel social. Assim, a consequência imediata é a perda de sua essencialidade como poder estatal. Perde-se o respeito social e perde-se com isso a substância mesma do poder.

Já sabemos à saciedade os muitos diagnósticos apresentados e os elementos de fato para satisfazer a fome dos que apostam nessa deterioração do Poder Judiciário, a começar pela desqualificação da atividade judicante e de suas peculiaridades.

Começo, portanto, por aí.

Os Juízes exercem uma função de estado. Não são servidores públicos na acepção técnica da palavra, mas, sim, membros de um poder do estado.

Por que é assim?

Porque a sentença não é do Juiz, mas do estado como poder institucionalizado, se quisermos recorrer à velha lição de George Burdeau. E isso não deve ser reconhecido pela sociedade apenas. Deve ser principalmente reconhecido pelos próprios Juízes, os quais têm de guardar com essa compreensão de sua natureza especial, árbitros dos conflitos que explodem na sociedade, e guardiões dos direitos e das liberdades individuais, que as exigências dos deveres são maiores que as dos direitos. Por essa razão, e é o que faz a grande maioria dos Juízes brasileiros, a função judicante exige compostura e compromisso com os valores éticos da lisura, da honradez e da dignidade. Aqueles que não cumprem esse sagrado dever não merecem nada mais que nosso desprezo, porque enodoam a beleza dos desafios de dizer o direito e merecem isolados e punidos.

Resgatado por todos, e não apenas pela imensa maioria, o respeito com que o Juiz deve cercar o exercício de sua atividade de prestar a jurisdição, então, retorna-se ao leito da nobreza do Juiz e de suas



prerrogativas particulares. Prerrogativas que não são privilégios, mas, ao converso, elementar segurança para que ele diga o direito livre de qualquer tipo de pressão. O Juiz que se dá respeito tem prerrogativa; porque o Juiz que assim não procede tem apenas privilégio.

Menos do que reforma das leis, esse cenário exige exclusivamente a conscientização dos Juízes, do que eles são e do que representam.

Isso quer dizer que o poder dos Juízes será reconhecido se cumprido o pressuposto de que os próprios Juízes tenham reverência pela atividade estatal que exercem. Para tanto, é relevante que os órgãos jurisdicionais, mais do que qualquer controle externo, acompanhem o cumprimento dos deveres do Magistrado. E o Superior Tribunal de Justiça, com tristeza, tem cumprido a responsabilidade que lhe foi atribuída para esse fim.

Escrevi em outra ocasião que Ronald Dworkin mostrou a importância do modo como os Juízes decidem os casos. E invocando notável Juiz norte-americano que dizia ter mais medo de um processo judicial que da morte, escreve: “A diferença entre a dignidade e a ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte. As pessoas frequentemente se vêem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno da cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo”.

Daí a relevância do papel que exercem na sociedade no momento em que se compreende que a decisão judicial não decorre da pura aplicação da lei considerando um dado caso concreto. É uma decisão humana, por isso é que não está inteiramente no domínio da técnica ou da ciência. O homem não existe somente porque tem o suposto domínio da razão. O homem existe porque é razão e emoções, sentimentos, crenças. A decisão judicial é, portanto, uma decisão que está subordinada aos sentimentos, emoções, crenças da pessoa humana investida do poder jurisdicional. E a independência do Juiz está exatamente na sua capacidade de julgar com esses elementos que participam da sua natureza racional, livre e social.

É imperativo, portanto, que haja continuado estímulo à qualidade, mais do que à quantidade, dos julgados. É indispensável que se fortaleça não apenas o conhecimento, mas, também e principalmente, o preparo integral do Juiz. Não se trata apenas da quantidade. Devemos ter mais

Juízes de 1º e 2º graus se o volume dos processos assim exige, sem jamais sacrificarmos a qualidade dos julgados pela quantidade das sentenças que são proferidas. Isso requer necessariamente que os Juízes sejam estimulados permanentemente ao estudo, com aperfeiçoamento continuado, aqui e fora daqui, incorporando ao patrimônio dessa essencial atividade estatal qualificação do mais alto nível.

Tal e qual o respeito aos valores éticos, a qualidade da prestação jurisdicional compõe a terapia para combater a inércia daquela imagem de feiúra que pinta os momentos de desconfiança da sociedade nos seus Juízes. Quantas decisões completamente fora de qualquer técnica por falta de preparo seriam evitadas se a qualidade dos julgadores fosse melhor? E em cascata, melhor a qualidade, menor a quantidade de recursos a serem providos pelas instâncias posteriores.

A Escola Nacional da Magistratura será um reforço importante para isso. Todavia, as instâncias ditas ordinárias devem fortalecer as suas. E devem ter presente, agora e sempre, para assegurar o respaldo social da atividade judicante, que o investimento na qualidade dos Juízes é o meio próprio para isso. Creio firmemente que esse é um passo importante. O que hoje ocorre é a perda dessa dimensão humana da atividade judicante.

Se essas bases estiverem presentes, pode-se passar então para outro estágio, que é a compreensão da estrutura judiciária brasileira.

Há necessidade de jogar um olhar sobre o futuro, o que reclama se imponha uma revolução nessa estrutura; insuficiente, assim, falar-se em mera reforma. Sem dúvida, que falar de revolução quer dizer coragem para assumir riscos, ousar, acreditar possível desobstruir o medo de ir mais adiante, de abrir novos caminhos.

Com isso quero dizer que tudo o que foi feito até aqui é importante para esse momento, mas absolutamente incapaz de desafiar os amanheceres que virão. Por quê?

Primeiro, porque não mais é possível prolongar indefinidamente as instâncias judiciais com uma pletora interminável de recursos sobre recursos. Poucos se deram ao trabalho de fazer os cálculos sobre os recursos possíveis em uma única causa. No entanto, se tivermos a cautela de fazer esses cálculos, ficaremos atônitos com o resultado. Em



uma causa de indenização por danos morais, por exemplo, somente uma decisão relativa à prova no saneamento do processo é capaz de gerar cerca de 20 recursos entre agravos de instrumento e agravos regimentais e embargos de declaração e recursos para as instâncias extraordinárias.

Não há sistema que resista a essa inundação. É preciso coragem para frear esse rio caudaloso. Se assim não fizermos, não há como conciliar a demanda social e a necessidade de prestar mais rapidamente a prestação jurisdicional. Mas aqui é preciso sempre ter presente a lição de Benjamin Constant, em 1810, sobre a necessidade de preservar-se o devido processo legal. Escreveu ele naquele longínquo século XIX: “O devido processo legal é uma salvaguarda. Sua abreviação é a diminuição ou perda de tal salvaguarda. É, por conseguinte, uma penalidade. Submeter uma pessoa a tal penalidade significa puni-la antes do julgamento. E se a pune, segue-se que o crime foi provado com antecedência. Se o crime foi provado, para que serve o tribunal ou qualquer outro tipo de Corte para decidir sobre seu destino? Se o crime não foi provado, com que direito se coloca esse acusado numa classe proscrita especial e se tira dele, por mera suspeita, o benefício comum a todos os membros da sociedade civil”.

Não há solução milagrosa. Mas, sem dúvida, o caminho racional exige o destemor de assumir a responsabilidade pelos Juízes de 1º grau e pelos Juízes de 2º grau para que profiram decisões terminativas, insusceptíveis de recursos, salvo situações específicas, especiais ou extraordinárias, não aquelas hoje previstas para os recursos especial e extraordinário, que de tão amplas acabaram tornando-os simples recursos ordinários com outros nomes.

Devemos ter a coragem de assumir essa responsabilidade.

O que se alega com frequência é que se cometem tantos absurdos nessas decisões que somente os recursos para os Tribunais superiores são capazes de corrigir.

Bem, isso pode até ser verdade, mas por isso mesmo é que se impõe como preliminar os requisitos do respeito aos valores éticos e da qualificação dos Juízes. E também da rigorosa fiscalização dos órgãos internos que devem acompanhar permanentemente a atividade dos Juízes, incluída a atividade judicante.

Segundo, porque os Tribunais superiores e a Corte Suprema estão sendo mobilizados de tal forma que o risco de colapso torna-se iminente. No ano de 2007, foram distribuídos ao Supremo Tribunal Federal 112.920 processos e julgados 156.299 feitos. E no Superior Tribunal de Justiça foram distribuídos 337.630 processos e julgados 347.986. Não há exemplo, em nenhum lugar, de uma Corte Suprema com essa avalanche de processos.

No que diz com o Supremo Tribunal Federal, a reforma recente e possível trouxe algumas inovações que podem melhorar, a médio prazo, a quantidade de processos, assim, a súmula vinculante e a repercussão geral. Esta última já em fase muito adiantada de implantação, com sistema ágil de julgamento por meio eletrônico e insuscetível de recurso, o que facilita e agiliza a decisão. Esse procedimento de apreciação da repercussão geral tem já assegurado um alívio na distribuição dos processos. A consequência imediata é que os Ministros da Suprema Corte podem melhorar o nível de atenção dos processos que são submetidos ao seu exame. Assim, o trabalho padronizado, repetitivo, mais próprio de uma fábrica de decisões, cede espaço para o cuidado com os temas de grande interesse nacional, que efetivamente tenham repercussão para a nação brasileira. O mesmo vale para o Superior Tribunal de Justiça que já dispõe de instrumento legal para impedir a pletora de recursos repetitivos.

Outro ponto relevante é a consciência dos Tribunais de 2º grau. Não é mais possível conviver com a idéia de que a independência dos Juízes significa decidir contra os julgados consolidados nos Tribunais superiores e na Suprema Corte. E o Superior Tribunal de Justiça padeceu com essa orientação estreita, gerando enorme afluxo de recursos com matéria já objeto até mesmo de súmula daquela Alta Corte.

Mas, independentemente desses bem-aventurados instrumentos, temos necessariamente de ir mais adiante. Mas o que fazer?

Já disse que um caminho viável é prestigiar as decisões dos Juízes de 1º e 2º graus, com reforço da consciência ética e da qualidade dos julgados e, portanto, de preparo dos Juízes. Todavia, isso ainda não significa a revolução para o futuro. Qual seria essa revolução?

É aqui que a inteligência judiciária deve ser mobilizada para desvendar novos caminhos. Quais serão eles?



Primeiro, vai ser imperativo rever os critérios de julgamento dos órgãos colegiados, tornando-os mais ágeis, menos loquazes, com utilização máxima dos julgamentos por meio eletrônico, aproveitando-se a experiência dos julgamentos em torno da repercussão geral. É preciso ter a audácia dos que crêem no futuro para não identificar a transparência apenas nas sessões públicas de julgamento. É preciso ir além e acreditar que a descoberta dos meios eletrônicos abre novas perspectivas para assegurar julgamentos transparentes com maior agilidade. E também é necessário resgatar, vale insistir, a respeitabilidade dos Juízes para que isso seja aceito e reconhecido como ganho para a sociedade.

Aqui está um ponto que reputo essencial. De fato, se não criarmos mecanismos ágeis de julgamento, reduzindo formalidades, sem perder aquelas salvaguardas a que se referiu Benjamin Constant, nós não teremos condições de melhorar a qualidade da jurisdição. O exemplo da apreciação dos processos sobre repercussão geral mostra que esse caminho é perfeitamente possível e deve e pode ser explorado com entusiasmo.

Segundo, será indispensável consolidar a atividade profissional da Justiça com o mínimo de deslocamento de pessoas e papéis. E isso é perfeitamente factível, como demonstra a iniciativa do Supremo Tribunal Federal, que já está operando com recursos interpostos via computador e que já apresentam resultados concretos.

Terceiro, a simplificação do processo com menor número de etapas tornará menos prolongada a tramitação. E, ademais, reduzirá o tipo de manobras processuais usadas com a cobertura legal para retardar o encerramento do feito. E aqui creio que será necessário enfrentar algumas questões relevantes como, por exemplo, o recurso de embargos de declaração, que algumas vezes é utilizado como forma de evitar o trânsito em julgado.

Quarto, estimular a atividade de conciliação por meio de juízo arbitral torna-se relevante, principalmente nas atividades econômicas para acelerar e especializar a decisão dos conflitos. E nota-se que essa experiência tem crescido; e no campo dos contratos internacionais essa prática vem sendo incrementada rapidamente, já hoje é significativo o número de homologação de sentenças estrangeiras de juízo arbitral, agora sob a competência do Superior Tribunal de Justiça.

Nós temos de compreender que a judicatura deve servir à sociedade. E a sociedade não é apenas o mercado, mas é também o mercado, tomado aqui o desempenho das atividades produtivas como sinal do desenvolvimento nacional. E sobre esse símbolo do primado econômico, a jurisdição é fundamental para preservar a dignidade da pessoa humana, assegurando-lhe a realização da plenitude de sua natureza na sociedade em que vive. Quando se retarda a jurisdição, perde o cidadão e não apenas as sociedades comerciais ou financeiras, as corporações que movem as finanças do mundo. Para todos, o que releva é a segurança jurídica, o que quer dizer interpretação consolidada e respeitada da jurisprudência.

Se formos capazes de criar por nós mesmos, com ousadia, deixando de lado padrões importados, aí sim teremos condições de avançar. Avançar para deixar aos que vêm depois de nós alguma obra consistente, que não seja apenas aperfeiçoamento, mas mudança substantiva. Não há obra terminada.

Seria importante, antes de concluir, mencionar o papel que o Supremo Tribunal Federal desempenhou nos últimos anos. A Corte Suprema tem avançado nos seus critérios de interpretação na busca da concretização das normas constitucionais. Não se diga, como muitos parecem crer, que isso tem atravancado o sagrado princípio da separação de poderes. Não. Não tem. O que se tem entendido é que os feitos submetidos ao julgamento da Corte Suprema não podem ficar sem julgamento. Isso exige uma capacidade maior de ampliar a leitura oral da constituição, se quisermos tomar de empréstimo a expressão de Dworkin.

Não creio que esse raciocínio esgote o tema, mas deve servir de provocação para mais estudos sobre essa dimensão que a jurisprudência vem adquirindo. O nosso sistema codificado por muito tempo afastou a força dos precedentes. Mas, agora, com o novo sistema constitucional dos oitenta, com a quantidade de ações constitucionais, com os avanços da legislação ordinária nessa área, é tempo de compreender a força dos julgados.

Em rico trabalho sobre “A Constitucionalização Simbólica”, o Professor Marcelo Neves traz notável reflexão sobre vários aspectos da concretização das normas constitucionais. Dentre tantos, vale a pena ler aquele em que cuida da relação entre texto e realidade constitucionais como concretização das normas constitucionais. Invocando lições de



Friedrich Muller e Peter Häberle, mostrando em expressivo texto que “concretização da norma jurídica, sobretudo da norma constitucional, não pode ser reduzida à ‘interpretação aplicadora’ do texto normativo, o qual oferece diversas possibilidades de compreensão e constitui apenas um aspecto parcial do programa normativo; ela inclui, além do programa normativo, o âmbito normativo como ‘o conjunto dos dados reais normativamente relevantes para a concretização individual’, daí a idéia inovadora de que a ‘norma jurídica, especialmente a norma constitucional, é produzida no decorrer do processo de concretização” (Martins Fontes, 2007, pp. 84/85).

Esse passo adiante na perspectiva do papel do Supremo Tribunal Federal terá de ser mais bem estudado e explorado, mas, seguramente, representa uma inspiração a ser absorvida com prudência e audácia.

Creio que se algo nesse sentido for feito, aquela transformação retratada por George Sand também aqui será alcançada.

Afinal, com isso estaremos na trilha de Jacques Derrida, segundo o qual *“a justiça, por mais inapresentável que permaneça, não espera. Ela é aquilo que não deve esperar. Para ser direto, simples e breve, digamos isto: uma decisão justa é sempre requerida imediatamente, de pronto, o mais rápido possível”* (Força de Lei, Martins Fontes, 2007, p. 51).

**O PRINCÍPIO *SENTENTIA HABET PARATAM*
EXECUTIONEM E A MULTA DO ARTIGO
475-J DO CPC**

Athos Gusmão Carneiro

*Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça
Presidente do Conselho do Instituto Brasileiro de
Direito Processual
Advogado*



O PRINCÍPIO *SENTENTIA HABET PARATAM EXECUTIONEM* E A MULTA DO
ARTIGO 475-J DO CPC
Athos Gusmão Carneiro

É de fundamental importância a mudança de mentalidade que seja capaz de rever as categorias, conceitos e princípios estratificados na doutrina dominante, pois somente assim poderão ser extraídas desses dispositivos todas as consequências possíveis para a modernização de nosso processo civil (Kazuo Watanabe, RePro, 155/169).

A multa de 10%, prevista no art. 475-J, incide de modo automático, “ope legis”, caso o devedor não cumpra a ‘ordem’ do juiz nos quinze concedidos na norma legal.

1 . O processo em Roma imperial, no período da *cognitio extraordinem*, caracterizou-se pelo paulatino desaparecimento de sua divisão em duas fases (perante o pretor, que dava a ‘fórmula’, e perante o *iudex*, que julgava a lide), perdendo o anterior caráter contratual (*litis contestatio*) e privado para assumir caráter público, e o magistrado estatal passou a presidi-lo do começo ao fim ¹.

¹ Os processos passaram a tramitar apenas “perante o *praetor* e seus auxiliares permanentes e especializados, de sorte que a sentença já era ato emanado do próprio detentor do *imperium*, visto que este, então, enfeixava em suas mãos também o *iudicium*. A prestação jurisdicional se tornou totalmente pública, desaparecendo a conformação privatística e arbitral de suas origens” (Humberto Theodoro Jr., *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*, Forense, 2006, pp. 98/99). Como expõe J. M. Othon Sidou, com a abolição da fase *apud iudicem*, “...o pretor ou outro magistrado *cum imperium* passou a agir como magistrado administrativo, despidendo-se da função judiciária que detinha

A execução já desde muito recaía sobre o patrimônio do devedor (e não mais sobre sua pessoa, como ocorrera anteriormente à lei *Poetelia Papiria* (ano 326 a.C.), porém a *actio iudicati* continuou sendo o instrumento para o litigante vitorioso pleitear a execução da sentença. O direito romano nunca concebeu a sentença, em si, como ‘título executivo’, e assim a *actio iudicati*, embora já sem motivos para a dicotomia, persistiu até o fim do Império, por “simples inércia histórica” (Humberto Theodoro Jr., *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*, Forense, 2006, p. 99).

Ocupado o território do antigo Império Romano do Ocidente ², nos séculos IV e V, pelos povos bárbaros oriundos da Germânia e do norte e leste da Europa (francos, godos, vândalos, lombardos e tantos outros), ocorreu, no plano do direito, o embate entre duas mentalidades bem diversas: a mentalidade das populações romanas e romanizadas, onde persistia o respeito à idéia de direito legislado e aos princípios básicos do processo, como o contraditório; e os costumes dos povos invasores, geralmente com a prática da penhora privada, sob a rude ‘justiça’ geralmente pela própria força (José Alberto dos Reis, *Processo de Execução*, Coimbra Ed., 1943, v. I, n. 24; Liebman, *Processo de Execução*, Saraiva, 2ª ed., 1963, n. 6, pp. 9/10).

A conciliação surgiu após o século XI, com o ressurgimento do estudo do direito romano (Universidade de Bolonha), e os juristas da Idade Média (sobretudo pelo magistério de Martino de Fano, séc. XIII) lograram um eficiente e útil compromisso entre as duas correntes: da herança romana mantiveram o princípio da necessária precedência da cognição ampla e de uma sentença condenatória; mas afastaram (salvo exceções) a execução mediante uma *actio iudicati*, possibilitando-se a execução da sentença simplesmente *per officium iudicis*, sem necessidade de uma nova e autônoma demanda (Moniz de Aragão,

quando atuava nas demandas privadas, e, dessa forma, não designava um *iudex*, porque ele próprio admitia a ação (correspondente à fase *in iure*) e ele próprio decidia com os poderes de que era investido (correspondente à fase *apud iudicem*)” (*Processo Civil Comparado - histórico e contemporâneo*, Forense Universitária, 1997, p. 45).

² Formalmente desaparecido após a deposição de Rômulo ‘Augústulo’, em 476, por Odoacro, chefe dos hérulos, com a remessa dos símbolos imperiais a Zenon, Imperador (em Constantinopla) do Império Romano do Oriente - depois Império Bizantino. Nos últimos estágios, os ‘imperadores’ em Roma se haviam tornado simples títeres do chefe tribal dominante na Europa Central.



Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado, Saraiva, 1965, n. 32 a 35)³.

Isso significou, no magistério de Liebman, “atribuir à sentença condenatória eficácia nova, desconhecida em épocas anteriores, como é a de ser por si só suficiente para permitir a execução, *sem necessidade de nova ação e novo contraditório: sententia habet paratam executionem*” (*Processo de Execução* cit., p. 10). Assim, o requerimento visando o cumprimento do determinado na sentença não mais constituía o exercício de uma ação, mas sim passou a representar simples ato de impulso processual com a finalidade de provocar o juiz a promover os atos executórios (Liebman, *Embargos do Executado*, trad. port., Saraiva, 2ª ed., n. 36). Como lembrou Moniz de Aragão (ob. cit., n. 34, p. 30), essa execução feita *breviter*, atribuída aos que se apresentavam em juízo com uma sentença condenatória em seu favor, veio a ser também proporcionada aos que exibissem *instrumenta guarentigiata*, ou seja, confissões de dívida passadas perante notário (aplicava-se o princípio romano de que *confessus pro iudicato habetur*), eficácia mais tarde atribuída às letras de câmbio e aos créditos incorporados em outros documentos, como na França as *lettres obligatoires passées sous Scel Royal*; em última análise, aos documentos que na atualidade consideramos títulos executivos extrajudiciais. E a cobrança de tais créditos levou a um procedimento sumário, com possibilidade de defesa e a decisão ao final - *processus summarius executivus* (Liebman, *Execução e Ação Executiva*, in Estudos sobre o processo civil brasileiro, 2ª ed., 1976; Cândido Dinamarco, *Execução Civil*, Malheiros Ed., 5ª ed., 1997, n. 23; Lucon, *Embargos à Execução*, Saraiva, 1996, n. 14, p. 36).

2. Durante vários séculos, destarte, “coexistiram as duas formas executivas: a *executio per officium iudicis*, para as sentenças condenatórias, e a *actio iudicati*, para os títulos de crédito” (Humberto Theodoro Jr., *As Novas Reformas* cit., p. 102). Nos casos de execução de sentença, a *actio iudicati* sobreviveu apenas em situações excepcionais, como nos casos de pedido de juros sucessivos à sentença (José Miguel García Medina, *Execução Civil*, RT, 2ª ed., 2004, pp. 101/102).

³ A criação da família de direito romano-germânica está ligada ao renascimento que se produz nos séculos XII e XIII no Ocidente europeu. Este renascimento manifesta-se em todos os planos; um dos seus aspectos importantes é o jurídico. A sociedade, com o renascer das cidades e do comércio, toma de novo consciência de que só o Direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso (René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, Martins Fontes Ed., 1986, p. 31)

Todavia, por influência do direito francês, nos primórdios do século XIX operou-se uma verdadeira inversão de valores, e o padrão executivo passou a ser não mais a sentença, mas as *lettres obligatoires*, até que todo o processo executivo se unificou e “então, já não se dizia mais que as *lettres obligatoires* se equiparavam à sentença, mas sim que esta se equiparava àquelas” (Humberto Theodoro Jr., *A Execução de Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal*, Aide Ed., 1987, p. 145)⁴.

O sistema foi geralmente adotado nos países de direito codificado. Já os Estados Unidos seguem, sob a *common law*, o sistema vigente na Inglaterra: “o jurista inglês não concebe como é que, em certos países, um novo processo possa ser mesmo necessário para se proceder à execução duma decisão tornada definitiva” (René David, *Os Grandes Sistemas Do Direito Contemporâneo*, trad. port., 2ª ed., Lisboa, Meridiano, p. 377, citado por Guido Fernando Silva Soares, *Common Law - introdução ao direito dos EUA*, RT, 1999, p. 124, e por João Batista Lopes, *RePro*, 157/11).

No direito brasileiro, pelo sistema (originariamente) consagrado no CPC de 1973, o credor insatisfeito era obrigado a bater duas vezes às portas da Justiça: na primeira vez, para que o Judiciário fizesse o accertamento de seu direito; depois, vitorioso no processo de conhecimento, deveria voltar com nova demanda, com base na sentença e rogando a prática dos atos executivos. Humberto Theodoro Jr. salientou que esta dicotomia reeditava o antiquíssimo sistema binário do direito romano clássico, abandonando a simplificação a que chegara o direito medieval, dicotomia esta agravada, no Brasil, pela excessiva judicialização do processo de execução: qualquer que fosse o valor da condenação, qualquer que fosse a natureza dos bens a serem expropriados, “a atividade procedimental é necessariamente precedida da instauração de um novo e completo processo entre as partes, sob direção do juiz” (*A Execução de Sentença* cit., pp. 149/150).

⁴ O binômio cognição-execução encontrou base na ideologia do liberalismo dominante com a Revolução Francesa, e que reduziu os poderes dos magistrados, na época suspeitos como integrantes de uma ‘aristocracia da toga’. Assim, nenhuma sentença poderia conter uma ‘ordem’ do juiz a um cidadão, e desapareceram os poderes de coerção judicial, adotando-se o princípio de que o inadimplemento sempre se convertia em perdas e danos, em ressarcimento pecuniário. Nesse período efetuou-se legalmente a separação entre cognição e execução - *Code de Procédure Civile* napoleônico de 1806, que inspirou a maior parte das legislações processuais do ocidente (Evaristo Aragão Santos, estudo na coletânea *Execução Civil - Aspectos Polêmicos*, Ed. Dialética, 2005, p. 128).

Como ensinou Barbosa Moreira (*RePro*, 31/199), em linha teórica o CPC de 1973 terá deixado pouco a desejar; todavia, não manteve o imprescindível contacto com as realidades do foro e da sociedade. E à necessária ‘modelagem do real’, para usar a expressão do consagrado mestre, dedica-se a nova Lei n. 11.232/2005 (Diário Oficial da União de 23.12.2005). A sistemática de dois processos sucessivos, imposta pelo Código Buzaid, conduzia a demoras e formalismos desnecessários, além de incompreensíveis aos jurisdicionados, os quais, não obstante vitoriosos no processo de conhecimento, após anos de audiências e recursos vinham a saber, surpresos, que a obtenção do bem da vida - objeto do pedido formulado na petição inicial, impunha fosse iniciado um ‘novo’ processo, com nova citação e, ainda, a possibilidade de contraditório incidental (embargos do devedor), tudo agravado pelo uso de meios executórios inadequados às exigências atuais da economia.

Diga-se que em sua obra fundamental, redigida anteriormente à vigência do novo sistema, já alertava Cândido Dinamarco que havia ‘boas razões’ para mitigar a clássica dualidade, recomendando então fosse aumentado o número das “chamadas *ações executivas lato sensu* ou mesmo invertendo todo o sistema para que passe ser regra geral a unidade do processo, com meras fases de conhecimento e de execução” (*Instituições de Direito Processual Civil*, Malheiros Ed., v. III, 5ª ed., n. 920, p. 244).

3. Estas incongruências as leis de reforma do CPC buscaram resgatar:

a) em um primeiro momento, com a generalização do instituto da ‘*antecipação dos efeitos da tutela*’ - Lei n. 8.952/1994, art. 273, que fraturou (ainda que inicialmente muitos disso não se dessem conta) a rígida barreira que até então (salvo limitados casos) separava o ‘*conhecer*’ do ‘*executar*’;

b) para as *obrigações de fazer e não-fazer*, a Lei n. 8.952/1994, mediante o ‘novo’ art. 461, outorgou à sentença de procedência uma eficácia imediata executiva e mandamental;

c) para as *obrigações de entrega de coisa*, tal eficácia foi introduzida pela Lei n. 10.444/2002, com o art. 461-A;

d) finalmente, para as *obrigações de pagamento em dinheiro*, pela Lei n. 11.232/2005, em vigor desde 24 de junho de 2006, logo complementada pelas normas da Lei n. 11.382/2006, relativa à execução dos títulos extrajudiciais.

4. Pela atual sistemática, destarte, a sentença condenatória não supõe apenas a eficácia *declaratória* - no afirmar a existência da relação jurídica que impõe ao réu uma prestação em favor do demandante, e a eficácia *constitutiva* - porquanto a sentença é uma 'novidade' no plano jurídico, constitui-se em 'título executivo', antes inexistente.

A sentença condenatória, pelo sistema decorrente da Lei n. 11.232/2005, art. 475-J, passou a revestir-se também de imediata eficácia *executiva*, ou seja, autoriza por si só o emprego, a simples requerimento da parte credora, dos meios executórios necessários à sua efetiva 'satisfação', sem que se faça necessário o ajuizamento de nenhum outro sucessivo processo ⁵.

*E, quiçá o mais relevante, a sentença condenatória veio a revestir-se de predominante eficácia **mandamental**, pois seu 'plus' característico, seu conteúdo essencial consiste na 'ordem' do juiz ao réu sucumbente, no sentido de que este efetue o pagamento devido ao autor vitorioso.*

5. Parece-nos, portanto, que o renovado ordenamento processual veio finalmente a dar resposta adequada às persistentes indagações relativas à "questão árdua, e para a qual não há solução satisfatória a vista, a estrutura da condenação" (Araken de Assis, estudo na coletânea *Aspectos Polêmicos da Nova Execução* - 3, coord. Teresa A. A. Wambier, RT, 2006, pp. 11 e ss.; Barbosa Moreira, 'Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil', em *Temas de Direito Processual*, Saraiva, 1977, pp. 72 e ss.). Araken de Assis, no citado estudo, faz remissão à doutrina alemã, que apresenta esclarecedora resposta, simples e direta, no alusivo à 'estrutura' da condenação: esta se forma, além da *declaração* da existência da responsabilidade, pela '*ordem de prestar*' dirigida ao réu (Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab, *Zivilprozessrecht*, Munique, 11^a ed., 1974, § 93, I, 1, p. 461). Impende repetir: *ordem de prestar*.

⁵ Como escreve Teresa AA Wambier, o principal efeito da sentença executiva '*lato sensu*' não é formar o título executivo, é ser exequível no próprio processo em que foi proferida, não reclamando portanto, para as alterações no plano dos fatos, a existência de posterior processo de execução (*Nulidades do processo e da sentença*, RT, 6^a ed., 2007, pp. 93/94).



Cassio Scarpinella Bueno a respeito afirma, com veemência, ser “mais do que hora que entendamos, todos, que o juiz *manda* quando decide; não *pede*, nem *faculta* nada....(omissis)....assim o devedor *tem de pagar* a quantia identificada na sentença, assim que ela estiver liquidada e não contiver nenhuma condição suspensiva, isto é, assim que ela tiver aptidão de produzir seus regulares efeitos” (estudo na coletânea *Aspectos Polêmicos*.... cit., p. 136). A sentença, em suma, não é um parecer, mas um ‘comando’ da autoridade (Humberto Theodoro Jr., *As novas reformas do CPC*... cit., p. 126).

6. Dessa natureza *essencialmente mandamental* da sentença condenatória em obrigação de pagar, decorrem conseqüências relevantes, inclusive e notadamente no concernente à *contagem do prazo (dies a quo) de quinze dias para o pagamento*.

Como sublinhou Marinoni, a grande ‘novidade’, em termos doutrinários, é que a ação já agora não mais se exaure com a sentença de procedência e, por isto, o direito de ação não mais pode ser visto como o direito conducente a uma sentença de mérito: “trata-se do direito a uma ação que, na hipótese de sentença de procedência, permita o uso dos meios executivos capazes de propiciar a efetiva tutela do direito material”. A ação é exercida não só para permitir o julgamento do pedido formulado na inicial, “como para exigir o uso dos meios executivos capazes de propiciar a obtenção da tutela do direito reconhecido pela sentença como devido ao autor” (Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria Geral do Processo*, RT, v. I, 2006, p. 265). Conforme Yarshell “as modificações trazidas pela Lei n. 11.232/2005 estão assentadas em uma pedra fundamental que é o fim da autonomia do processo de execução em relação ao processo de conhecimento, no âmbito das sentenças condenatórias ao pagamento de quantia”, feita exceção, no entanto, “às hipóteses em que for ré a Fazenda Pública” (*Execução Civil - novos perfis*, Flávio Luiz Yarshell *et alii*, RCS Ed., 2006, p. 13).

Com efeito, na busca de efetiva e breve realização do direito afirmado na sentença, com a conseqüente alteração no plano dos fatos, não havia razão alguma, no plano lógico como no plano prático (salvo o apego a tradições antigas), para as duas ações sucessivas; não subsistia motivo maior para continuar a considerar, nas sentenças condenatórias, a força executória como diferida, “se nas ações especiais a execução pode ser

admitida como parte integrante essencial da própria ação ordinária” (Humberto Theodoro Jr., *A Execução de Sentença...cit.*, p. 239, p. 250) ⁶.

Razão inclusive assiste, portanto, àqueles que sustentam que, tendo a Lei n. 11.232/2005 alterado substancialmente as cargas de eficácia da sentença condenatória, não mais haverá sentido em defender a classificação quinária das sentenças (Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, *Execução Provisória no Processo Civil*, Ed. Método, 2006, pp. 220/221).

7. Atualmente, pela sistemática decorrente da Lei n. 11.232/2005, não mais é cabível cogitar (com a vênia de mui respeitáveis opiniões em contrário) de ‘ação de liquidação de sentença’, ou de ‘ação de execução’ decorrente do ‘requerimento’ mencionado no art. 475-J (aliás, simples ‘requerimento’ de impulso processual).

O autor, ao formular o pedido inicial, já exerce em toda plenitude a sua ‘ação’, pela qual postula ao Estado lhe seja efetivamente entregue o bem da vida a que se considera com direito; citado, o réu está citado para a fase de conhecimento, para as fases recursais, para a (eventual) fase de apuração do *quantum debeat* ⁷, para a fase final de preparação e atuação dos meios executórios.

⁶ Barbosa Moreira, com a precisão habitual, recorda todavia que essa mudança em nada influi na distinção ontológica entre as duas atividades, porquanto *cognição* e *execução* constituem segmentos diferentes da função jurisdicional: “A lei pode combiná-los de maneira variável, traçar ou não uma fronteira mais ou menos nítida entre os respectivos âmbitos, inserir no bojo de qualquer deles atos típicos do outro, dar precedência a este sobre aquele, separá-los, juntá-los ou entremeá-los, conforme lhe pareça mais conveniente do ponto de vista prático. O que a lei não pode fazer, porque contrário à natureza das coisas, é torná-los iguais” (*Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, 41/52).

Com remissões a Liebman e a Carnellutti, resume Teori Zavascki que “a distinção entre cognição e execução situa-se, essencialmente, na finalidade de cada uma delas: na cognição, o objetivo é ‘descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso’; na execução é de ‘efetivar o conteúdo daquela regra’; na cognição busca-se ver declarado ‘o que deve ser’; na execução busca-se ‘conseguir que seja o que deve ser’” (*Processo de Execução*, RT, 3ª ed., 2004, p. 28).

⁷ Pelo seguro magistério de Humberto Theodoro Jr., a reforma “ao extinguir a *actio iudicati* aboliu, também, a liquidação como ‘ação’ contenciosa cognitiva entre o encerramento do processo principal e a abertura do processo de execução. Assim como os próprios atos de cumprimento da sentença deixaram de ser objeto de ação separada (*actio iudicati*), também os atos de liquidação passaram à condição de simples incidente complementar da sentença condenatória genérica” (*Curso de Direito Processual Civil*, Forense, 39ª ed., 2006, n. 682-a).

Também Antônio Carlos Marcato, com o asserto de que “desapareceu o corte, ou ruptura, resultante da anterior necessidade de formação de processo próprio para a liquidação (processo de conhecimento + processo de liquidação + processo de execução), tudo se operando, agora, sincreticamente, em um só processo (sentença com resolução de mérito + liquidação + cumprimento da sentença)” (estudo na coletânea *A Nova Execução de Títulos Judiciais*, Saraiva, coord. Sérgio Renault e Pierpaolo Bottini, 2006, p. 116; coletânea *Temas Atuais da Execução Civil - estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*, Saraiva, 2007, p. 103).



Vale, portanto, reafirmar que, ao ajuizar a petição inicial formulando seu pedido e rogando ao Estado a tutela jurisdicional, o autor estará exercendo, desde logo e integralmente, toda a pretensão que lhe assiste: a de ver seu (afirmado) direito reconhecido, quantificado e cumprido. A ação, pois, é uma só e única, sendo desnecessário cogitar, ante a nova legislação, de teóricos desdobramentos.

A ação (como bem disse Marinoni) não mais se exaure com a sentença de procedência condenatória, mas prossegue, sempre a ‘mesma ação’ veiculada na mesma relação jurídica processual, até a final satisfação do demandante (ob. cit., p. 263). No dizer de Ada Pellegrini Grinover, não mais existirá no processo brasileiro a ‘sentença condenatória pura’ (cujo cumprimento exige processo autônomo), com ressalva, naturalmente, daqueles casos previstos no art. 475-N, parágrafo único, em que a sentença é proferida fora do processo civil estatal brasileiro – casos da sentença penal condenatória, sentença arbitral condenatória, sentença estrangeira condenatória homologada pelo STJ (vide estudo na coletânea *A Nova Execução de Títulos Judiciais*, Saraiva, coordenação de Sérgio Renault e Pierpaolo Bottini, Saraiva, 2006, p. 261; na coletânea *Temas Atuais da Execução Civil, estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*, Saraiva, 2007, pp. 3/5), e exceto, ainda, os casos de execução contra a Fazenda Pública e de pretensão a alimentos (art. 730, art. 733).

8. Assim, na sentença condenatória por quantia líquida (ou após definido o valor em liquidação da sentença), o novo art. 475-J do CPC expressamente alerta para o *tempus iudicati* de quinze dias, concedido para que o réu cumpra voluntariamente sua obrigação, ou seja, para que *obedeça à ordem do juiz*, sob pena de pagamento de multa no percentual de 10% sobre o montante da condenação.

Esta norma legal revela e concretiza a nova sistemática, de ação ‘sincrética’ (cognição+execução no mesmo processo), pela qual a sentença de procedência, com a condenação do réu ao pagamento de determinada quantia, passou a ser dotada de atuante e imediata eficácia *mandamental* e, descumprida a ordem, imediata eficácia *executiva*. Confirma Cassio Scarpinella Bueno que há uma ‘ordem’ contida na condenação judicial e, portanto, “o devedor deve pagar a quantia identificada na sentença, assim que ela estiver liquidada e não contiver nenhuma condição suspensiva”

(A *Nova Etapa da Reforma do CPC*, Saraiva, 2006, pp. 72/73), correndo o prazo mesmo quando a hipótese comportar ainda apenas a execução provisória (*ibidem*, p. 77).

9. A respeito do termo *a quo* do prazo para o pagamento voluntário, é possível relacionar muitas posições doutrinárias.

A) Em primeiro, os que aceitam a orientação (por nós preconizada) de que o prazo de quinze dias simplesmente *corre da data da exigibilidade da sentença*, orientação já adotada pelo STJ no REsp. n. 954.859 (4ª Turma, Relator Ministro Gomes de Barros, j, 16.08.2007) e encampada por Araken de Assis (*Cumprimento da Sentença*, Forense, 2006, n. 79, p. 212; *Manual da Execução*, RT, 11ª ed., 2007/2008, p. 193); por José Roberto Bedaque (Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória, 'Rev. do Advogado – AASP', n. 85, maio de 2006, p. 73), por Ernani Fidélis dos Santos (*As Reformas de 2005 do CPC*, Saraiva, 2006, p. 54); por Guilherme Rizzo Amaral (*Cumprimento e Execução da Sentença sob a ética do formalismo-valorativo*, Livraria do Advogado Ed., 2008, pp. 184 e ss.); por Petrónio Calmon (estudo na coletânea *A Nova Execução de Títulos Judiciais*, Saraiva, 2006, pp. 101/103) ⁸.

Uma variante mais 'rigorosa' desta corrente prevê que o prazo dos quinze dias passe a correr da intimação do advogado da prolação da sentença(ou do acórdão), sendo portanto esse prazo simultâneo com o prazo recursal (Bruno Garcia Redondo, rev. *Dialética*, 59/13-14).

B) Uma segunda corrente comunga do mesmo entendimento, de que o prazo quinzenal deva *correr automaticamente a partir do trânsito em julgado da condenação*, mas com a restrição de que não será a multa exigível em execução provisória.

Assim, *v.g.*, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: "...a meu parecer, a multa decorre do fato objetivo do trânsito em julgado da decisão condenatória.

⁸ Petrónio Calmon, nesse estudo, aludindo aos casos em que o trânsito em julgado ocorre em segundo grau ou perante as Cortes Superiores, considera vazio de efeitos o usual 'cumpra-se o v. acórdão' e escreve que: "Normalmente os autos do processo somente chegarão à comarca de origem após o decurso do prazo de quinze dias. Isso não altera a obrigação do jurisdicionado de pagar a quantia até quinze dias após o trânsito em julgado.....(*omissis*).....Se os autos encontram-se em tribunal, ambas as partes têm o dever de acompanhá-lo e, por certo, é de onde estiverem os autos que começará a correr o prazo, e, conseqüentemente, o devedor deverá estar preparado. Se esse dispositivo cair no vazio por conta da ingenuidade dos magistrados ou por conta da desídia dos advogados dos credores, estar-se-á prestando um enorme desserviço à nação, estar-se-á proporcionando um enorme retrocesso".



Consolidada a dívida, passa esta a ser exigível na sua plenitude, sem qualquer condicionamento, começando então a correr o prazo de quinze dias estabelecido no *caput* do art. 475-J, independentemente de qualquer intimação” (A *Nova Execução*, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira *et alii*, Forense, 2006, p. 195).

No mesmo sentido Humberto Theodoro Jr., a saber: “Para evitar a multa, tem o devedor de tomar a iniciativa de cumprir a condenação no prazo legal, que flui a partir do momento em que a sentença se torna exequível(omissis)..... Há, porém, um prazo legal para cumprimento voluntário pelo devedor, *que corre independentemente de citação ou intimação do devedor*. A sentença condenatória líquida, ou a decisão de liquidação da condenação genérica, abrem, por si só, o prazo de quinze dias para o pagamento do valor da prestação devida. É do trânsito em julgado que se conta dito prazo, pois é daí que a sentença se torna exequível” (As *Novas Reformas do Código de Processo Civil*, Forense, 2006, pp. 143-145). Ainda José Maria Rosa Tesheiner (*Execução de Sentença: regime introduzido pela Lei n. 11.232/2005*, Rev. Jurídica, n. 343, pp. 17 e ss.).

Nesta corrente, alguns todavia sugerem que em se tratando de execução provisória, o prazo venha a correr da data da intimação do executado sobre tal execução (Gilson Delgado Miranda *et alii*, artigo na coletânea *Aspectos Polêmicos da Nova Execução de Títulos Judiciais*, RT, 2006, p. 193/194), e outros afastam a incidência da multa nos casos em que caiba execução provisória (Humberto Theodoro Jr., As *Novas Reformas....cit.*, p. 144).

C) São diversos os processualistas para os quais o termo *a quo* do prazo de quinze dias será a data em que *o advogado do réu venha a ser intimado* para cumprir a sentença (se desta não houve recurso) ou o acórdão, pressupondo-se neste segundo caso o retorno dos autos ao juízo de origem e a intimação do advogado do usual despacho ‘cumpra-se o v. acórdão’ (Cassio Scarpinella Bueno, *A Nova Etapa da Reforma do CPC*, Saraiva, v. I, 2006, pp. 77/86; Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery, *CPC Comentado*, RT, 10ª ed., 2007, p. 733); Carlos Alberto Carmona, artigo em *A Nova Execução de Títulos Judiciais*, Saraiva, 2006, pp. 64/65).

D) Por fim, aqueles processualistas que sustentam a necessidade da ‘*intimação pessoal*’ do devedor condenado (até, para alguns, com a

exigência de mandado intimatório), a fim de que tenha início o prazo para o pagamento voluntário do montante da condenação (José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa A.A. Wambier, *RePro* 136/289; Alexandre Freitas Câmara, *Lições de Direito Processual Civil*, Lumen Juris Ed., v. II, 14ª ed., 2007, pp. 353/354 e *A Nova Execução de Sentença*, Lumen Juris ed., 2006, pp. 113/114; Marcelo Abelha Rodrigues, *Manual de Direito Processual Civil*, RT, 4ª ed., 2008, p. 628 e *A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil*, Saraiva, 2006, p. 129; Sérgio Shimura, estudo na coletânea *Aspectos Polêmicos da Nova Execução-3*,....cit, p. 567). O argumento maior é o de que se cuida de *ato da parte*, de ato material de cumprimento da obrigação, devendo pois ser o réu 'previamente advertido quanto à consequência negativa do descumprimento da obrigação' (*RePro*, 136/290/291).

Esta orientação, roga-se muita vênica para dizê-lo, vem de encontro aos propósitos que inspiraram a reforma e ao que consta da lei; realmente, com a mera substituição formal da 'citação' pela 'intimação pessoal', ficará mantido um dos piores 'pontos de estrangulamento', que tanto retardavam a execução sob o antigo sistema. Aliás, 'encontrar' o réu, nesta etapa processual, máxime quando abonado e dispondo de facilidades de deslocamento, pode ser tarefa árdua, com precatórias itinerantes cruzando o país (e disso temos muitos exemplos na prática do foro). Conforme Araken de Assis, "qualquer medida tendente a introduzir intimação pessoal, ou providência análoga, harmoniza-se mal com as finalidades da lei" (*Manual da Execução*, RT, 11ª ed., 2008, p. 193).

Como escrevemos alhures, "*no plano teórico, a intimação da sentença condenatória ao advogado do réu é o que basta a que o réu seja considerado como plenamente ciente da ordem de pagamento. No plano pragmático, a exigência representará uma 'ressurreição', sob outra roupagem, dos formalismos, demoras e percalços que a nova sistemática quis eliminar do mundo processual*" (*Cumprimento da Sentença Civil*, Forense, 2007, pp. 54/55).

10. Vamos resumir nosso ponto de vista. Partamos da constatação de que, prolatada a sentença, são as partes dela necessariamente intimadas, e de tal intimação correrá o prazo para a interposição dos recursos cabíveis (CPC, art. 506). Com esta intimação, portanto, as partes (por seus advogados, bastantes procuradores em juízo) *ficam cientes do inteiro teor da prestação jurisdicional*, e dela não podem alegar ignorância.



Assim, o *subsequente* prazo de quinze dias (propositadamente um largo prazo, a fim de permitir e facilitar ao devedor o pagamento voluntário) passa automaticamente a fluir, nos exatos termos da lei, *independentemente de quaisquer 'novas' intimações*, a partir da data em que a sentença (ou o acórdão que a substitua - art. 512 do CPC) se torne *exequível*. Melhor: este prazo corre a partir da data em que a *ordem do juiz*, a cujo respeito (como exposto) nenhum dos sujeitos do processo pode em boa-fé alegar desconhecimento, se torne exigível ao réu, quer por haver *transitado a sentença em julgado*, quer porque da sentença (ou do acórdão) haja sido interposto *recurso recebido sem efeito suspensivo*.

Não assiste pois razão, *data venia*, àqueles que (quicá ainda influenciados por idéias inerentes ao sistema pretérito), sustentam a necessidade de que o demandado seja 'novamente' intimado (pessoalmente, ou por intermédio de seu advogado), para que fique 'em mora' (?) e comece a fluir, só então, o prazo dos quinze dias para o voluntário cumprimento da sentença ⁹.

11. Vale notar, no azo, que a multa prevista no art. 475-J, *caput*, do CPC apresenta-se basicamente '*penitencial*', portanto sem o caráter típico da *astreinte*: "induz ao pagamento, mas não tem essa finalidade específica, e por isso é proporcional ao valor da obrigação de pagar (10% do montante da condenação)" (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*, Forense, 2008, p. 173). Como escreveu Ronaldo Cramer, a multa é medida '*punitiva*' ao réu condenado, ante sua impontualidade no cumprir a sentença: "Só o fato de a incidência da multa ser automática, pois ela decorre da lei e não da vontade do juiz, já revela o seu caráter punitivo, de apenar o réu que não paga, no prazo legal, a quantia a que foi condenado. Todavia, não dá para negar que toda a medida punitiva possui, indiretamente, um efeito de desestímulo, pois a previsão da pena tende a inibir a prática da conduta não querida pelo legislador" (*Temas Atuais da Execução Civil - estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*, Saraiva, 2007, p. 764).

Conforme Yarshell, "a incidência da referida multa é automática e precede o requerimento do credor acompanhado da apresentação da

⁹ O próprio José Miguel Garcia Medina, aliás, disse e enfatizou que "não é possível analisar um problema *novo* valendo-se de uma metodologia *antiga*, assim como não se pode empregar os antigos conceitos jurídicos para explicar os novos fenômenos. Esta opção metodologia tem o grave defeito de, ao invés de elucidar os problemas, turvá-los, transmitindo a falsa idéia de que não houve alguma transformação ou evolução no direito processual civil" (*Execução Civil*, RT, 2ª ed., 2004, p. 25).

memória do cálculo. Vale dizer: basta o decurso do prazo de quinze dias da condenação para que incida a multa de tal sorte que na memória - e consequentemente no mandado de penhora - já será incluída a penalidade, acrescida ao principal.....(....).....deve prevalecer a regra de que a decisão sujeita a recurso desprovido de efeito suspensivo produz todos seus efeitos” (Flávio Luiz Yarshell ‘*et alii*’, *Execução Civil - novos perfis*, RCS Editora, São Paulo, 2006, pp. 29/31). Explicita, ainda, que a multa “não é para o devedor que resiste à execução, mediante impugnação (outrora embargos do devedor), mas sim e simplesmente para o devedor que dá causa à execução porque não efetua o pagamento” (*ibidem*, p. 34).

Eminentes processualistas, todavia, divergem, considerando a multa como essencialmente ‘coercitiva’, e não ‘punitiva’. Para Cassio Scarpinella Bueno, a multa “tem clara natureza coercitiva”, visando incutir no espírito do devedor que as decisões jurisdicionais “devem ser cumpridas e acatadas de imediato, sem tergiversações, sem delongas, sem questionamentos, sem hesitações, na exata medida em que elas sejam eficazes, isto é, na exata medida em que elas surtam seus regulares efeitos” (coletânea *Aspectos Polêmicos da Nova Execução* - 3, RT, p. 132). Sublinhando que a multa exerce ‘pressão psicológica e financeira’ sobre devedor, característica das medidas de coerção, prossegue Luiz Guilherme Bondioli com a afirmação de que a mesma “tem a grande vantagem de independer de comunicação pessoal para a sua incidência concreta” (*O Novo CPC - a terceira etapa da reforma*, Saraiva, 2006, pp. 95/97).

Por tal motivo, vários doutrinadores admitem a possibilidade da ocorrência de circunstâncias ‘excludentes’ da sua imposição, tal como nos casos em que o réu não disponha de dinheiro disponível, mas apenas de “bens móveis ou imóveis de difícil alienação” (Luiz Rodrigues Wambier *et alii*, *Breves Comentários...*cit., p. 145), ou se não teve “tempo suficiente para transformar bens do seu patrimônio em dinheiro suficiente para pagamento do seu débito” (Marcelo Abelha, *Manual de Execução Civil*, Forense Universitária, 2006, pp. 293/294). Também Guilherme Rizzo Amaral, para quem poderia ser afastada a multa “caso o devedor venha a comprovar, no curso do processo, a ausência de patrimônio apto a saldar o valor da condenação” (*A Nova Execução*, Forense, 2006, p. 124).

Reiteremos, todavia, nossa posição no sentido de que a multa, pelo sistema instituído pela Lei n. 11.232/2005, incide *independentemente das intenções ou possibilidades do executado*, de sua boa ou má-fé, pois decorre ‘objetivamente’ do descumprimento da ‘ordem’ de pagamento contida na sentença; e apenas ficará sem efeito caso venha a ser julgado procedente o recurso interposto contra a sentença (execução provisória, com restituição das partes ao estado anterior - art. 475-0, III), ou se procedente a impugnação (art. 475-L) apresentada pelo executado.

Como escreveu Araken de Assis, “vencido o interregno de quinze dias, automaticamente incidirá a multa de 10% (dez por cento). Por tal motivo, constará da planilha que instruirá o requerimento executivo... (omissis)..... O objetivo da pena pecuniária consiste em tornar vantajoso o cumprimento espontâneo e, na contrapartida, onerosa a execução para o devedor recalcitrante” (*Cumprimento da Sentença*, Forense, 2006, n. 79, pp. 212/213).

Em favor de quem reverterá a multa? Pelo sistema, reverterá em favor do credor exequente, da pessoa prejudicada pela demora no pagamento. Quem pagará a multa? O devedor, como tal nomeado no título executivo sentencial. Tratando-se de débito de pessoa jurídica de direito privado, devedora é a pessoa jurídica, não seus representantes ou órgãos (em certos casos é possível que a pessoa física incida na sanção do art. 14 do CPC, mas esta é ‘outra’ multa, não a prevista especificamente para o não cumprimento da sentença condenatória).

A multa prevista no art. 475-J não se aplica às execuções por título sentencial contra a Fazenda Pública, mesmo porque esta execução foge ao novo sistema e continua demandando a propositura de ação autônoma. Aliás, em sendo devedora a Fazenda, esta de qualquer forma não poderia pagar no prazo de quinze dias, eis que depende necessariamente da expedição de precatório, com o pagamento sujeito à observância da devida ordem cronológica (observemos as disposições peculiares para os créditos alimentares - enunciados 655 da Súmula do STF e 144 da Súmula do STJ, e para as obrigações de pequeno valor).

12. Vem sendo sustentada, outrossim, a impossibilidade de imposição da multa na *execução provisória*, e isso sob duas alegações:

a) pela *preclusão lógica*, pois não seria possível ao mesmo tempo interpor o recurso e efetuar o pagamento;

b) pela *desistência tácita do recurso*, caso o executado realize o pagamento (Bernardo Bastos Silveira, *RePro*, 155/216).

Dizem alguns comentaristas que o executado ficaria perante um '*beco sem saída*', pois ou efetua o pagamento e ocorrerá a preclusão lógica, ou não paga e fica sujeito à multa; assim, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, este com a afirmação de que seria "absurdo exigir, nesta hipótese, que o devedor satisfizesse integralmente a obrigação (como exigido no *caput* do art. 475-J) para se livrar do pagamento da multa", mesmo porque isso seria "incompatível com a vontade de recorrer já manifestada" (coletânea *Nova Execução*, Forense, 2006, p. 195).

Autores de nomeada sugerem, outrossim, a hipótese de o devedor, com a finalidade de evitar a multa, efetuar um pagamento 'sob reserva', prosseguindo contudo a execução provisória e ficando o executado submetido ao sistema '*solve et repete*', alvitre este que Carlos Alberto Carmona rejeita, considerando-o '*excessivo*' (*A Nova Execução de Títulos Judiciais....cit.*, pp. 66/67).

Em nosso entendimento, todavia, e considerado todo o anteriormente exposto, sempre que ao recurso cabível a lei não conceda o efeito suspensivo, em tais casos a 'ordem' do juiz, contida na sentença condenatória, assume total exigibilidade *a partir do momento em que o recurso haja sido recebido com efeito apenas devolutivo*. O réu, embora recorrente, indubitavelmente estará, desde então, sujeito à 'ordem' judicial para pagar dentro do prazo de quinze dias. E o pagamento, a nosso ver, por sua própria natureza não pode ser feito, em juízo, 'sob reserva'.

O réu, no entanto, não fica diante de um '*beco sem saída*', mas sim está diante de uma opção, de uma '*encruzilhada legal*':

a) ou resolve ele cumprir a 'ordem' e efetuar o pagamento, e tendo efetuado o pagamento já não mais poderá recorrer;

b) ou o réu entende que lhe assistem bons e suficientes motivos para pleitear a reforma da sentença e, em consequência, 'assume o risco' de interpor o recurso mesmo ciente de que o mesmo não tem efeito suspensivo e de que, portanto, caso improcedente, irá pagar o débito acrescido da multa.

Assim sendo, ao ingressar com a execução provisória, o autor poderá (após transcorridos os quinze dias) exigir ao réu o principal e a multa,



estando todavia sabedor de que, caso o recurso do executado venha a ser provido, ficará sem efeito a própria execução, '*restituindo-se as partes ao estado anterior*', e ele exequente deverá '*reparar os danos que o executado haja sofrido*' (CPC, art. 475-O, inc. I).

Em última análise, no decorrer do processo as partes assumem responsabilidades e riscos: ao interpor recurso ao qual não seja atribuído efeito suspensivo, o réu assume o risco de, ao final, pagar o débito acrescido da multa; ao requerer a execução provisória, o autor assume o risco de, se ao final for provido o recurso do réu, ter de indenizá-lo por todos os danos e prejuízos decorrentes da execução, pois promovida por sua '*iniciativa, conta e responsabilidade*' (art. 475-O, inc. I).

BIBLIOGRAFIA

- ABELHA, Marcelo. Vide Rodrigues, Marcelo Abelha.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. *A Nova Execução - comentários à Lei 11.232/2005*, Forense, 2006.
- ARAGÃO, Egas D. Moniz de. *Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado*, Saraiva, 1965.
- ASSIS, Araken. *Cumprimento da Sentença*, Forense, 2006;
- _____. *Manual da Execução*, RT, 11ª ed., 2008;
- _____. Estudo na coletânea *Aspectos Polêmicos da Nova Execução* - 3, RT, 2006.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *RePro*, 31;
- _____. *Temas de Direito Processual*, Saraiva, 1997;
- _____. revista *IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 41.
- BEDAQUE, José Roberto. Estudo na *Revista do Advogado* - AASP, n. 85.
- BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. *O Novo CPC - a terceira etapa da reforma*. Saraiva, 2006.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, Saraiva, 2006, tomos 1, 2, 3;
- _____. estudo em *Aspectos Polêmicos da Nova Execução* - 3, RT, 2006.

CALMON, Petrônio. Estudo na coletânea *A Nova Execução de Títulos Judiciais*, Saraiva, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, Lumen Juris, v. II, 14ª ed., 2007;

_____ *A Nova Execução de Sentença*, Lumen Juris, 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. Estudo na coletânea *A Nova Execução de Títulos Judiciais*, Saraiva, 2006.

CRAMER, Ronaldo. Estudo em *Temas Atuais da Execução Civil - estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*, Saraiva, 2007.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, trad. port., Martins Fontes, 1986.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, 5ª ed., 1997;

_____ *Instituições de Direito Processual Civil*, Malheiros Ed., 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Estudo na coletânea *A Nova Execução de Títulos Judiciais*, Saraiva, 2006;

_____ coletânea *Temas Atuais da Execução Civil - estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*, Saraiva, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, Saraiva, 2ª ed., 1963.

_____ *Embargos do Executado*, Saraiva, 2ª ed.;

_____ *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, 2ª ed., 1976.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à Execução*, Saraiva, 1996.

LOPES, João Batista. *RePro*, v. 157

MARCATO, Antonio Carlos. Estudo na coletânea *A Nova Execução de Títulos Judiciais*, Saraiva, 2006 ; na coletânea *Temas Atuais de Execução Civil - estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*, Saraiva, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, RT, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil*, RT, 2ª ed., 2004;

_____ *RePro*, v. 136.

MIRANDA, Gilson Delgado. coletânea *Aspectos Polêmicos da Nova Execução de Títulos Judiciais*, RT, 2006.

NERY JR., Nelson. *CPC Comentado*, RT, 2006.



- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A Nova Execução*, Forense, 2006;
- _____. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*, Forense, 2008.
- REDONDO, Bruno Garcia. Artigo rev. *Dialética*, v. 59.
- REIS, José Alberto dos. *Processo de Execução*, Coimbra, v. I, 1943.
- RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Execução Provisória no Processo Civil*, Ed. Método, 2006.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*, RT, 4ª ed., 2008;
- _____. *A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil*, Saraiva, 2006;
- _____. *Manual de Execução Civil*, Forense Universitária, 2006.
- ROSENBERG, Leo e SCHWAB, Karl Heinz - *Zivilprozessrecht*, Munique, 11ª ed., 1974.
- SANTOS, Evaristo Aragão. Estudo na coletânea *Execução Civil - aspectos polêmicos*, Ed. Dialética, 2005.
- SANTOS, Ernani Fidélis dos. *As reformas de 2005 do CPC*, Saraiva, 2006.
- SHIMURA, Sérgio. Estudo na coletânea *Aspectos Polêmicos da Nova Execução* - 3, RT, 2006.
- SIDOU, J. M. Othon. *Processo Civil Comparado - histórico e contemporâneo*. Forense Universitária, 1997.
- SILVEIRA, Bernardo Bastos. *RePro*, v. 155
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law - introdução ao direito dos EUA*, 1ª ed., 2ª tiragem, RT, 1999.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Execução de Sentença - regime introduzido pela Lei 11.232/2005*, rev. Jurídica, v. 343.
- THEODORO JR., Humberto. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*, Forense, 2006.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*, Forense, 39ª ed., 2006;
- _____. *A execução de sentença e a garantia do devido processo civil*, Aide Ed., 1987.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues, et alii. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil* - 2, RT, 2006;

_____ *RePro*, v. 136.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*, RT, 6^a ed., 2007;

_____ *RePro*, v. 136.

WATANABE, Kazuo. *RePro*, v. 155.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Execução Civil - novos perfis*, RCS Ed., 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de Execução*, RT, 3^a ed., 2004



**O RECURSO ESPECIAL EM AÇÃO
RESCISÓRIA E O CONTENCIOSO
CONSTITUCIONAL NO SUPERIOR TRIBUNAL**
Nilson Naves

Ministro do Superior Tribunal de Justiça



**O RECURSO ESPECIAL EM AÇÃO RESCISÓRIA E O CONTENCIOSO
CONSTITUCIONAL NO SUPERIOR TRIBUNAL**

Nilson Naves

A qual ato judicial deve dirigir-se o recurso que leva a causa ao conhecimento da denominada instância de superposição? Aos pressupostos da ação rescisória ou aos fundamentos da sentença rescindenda?

Quem definiu, talvez de uma vez por todas, a jurisprudência do Supremo Tribunal possivelmente tenha sido Orozimbo Nonato no distante ano de 1950, quando do julgamento do RE n. 11.701. A notícia desse acontecimento é contada por Evandro Lins no julgamento do Ag n. 34.322, datado de 1965, 23 anos antes da criação do Superior Tribunal de Justiça. O julgado de Evandro está publicado na RTJ-35/212, com esta transcrição do voto de Orozimbo: “a vulneração da lei argüível é só a que incide nos extremos da ação de que se trata, não sendo curial, *data venia*, volver à matéria de ofensa da letra da lei não reconhecida na rescisória que exatamente a esta conta se teve por improcedente. Impertinente, pois, já agora, a alegação de ofensa aos arts. ..., tema que podia o Autor debater, neste Supremo Tribunal, em recurso extraordinário, que não interpôs, do acórdão rescindendo.”

Em seguida à transcrição, continuou Evandro nestes termos: “O princípio deve ser aplicado à espécie, para desprover o agravo, uma vez que, no recurso extraordinário a que se negou seguimento, nada se trouxe com respeito aos pressupostos da própria rescisória, reduzindo-

se o agravante a repisar os argumentos de vulneração de lei que nela se solveram.” E Evandro escreveu para o Ag n. 34.322 (26.10.1965) esta precisa ementa: “Recurso extraordinário. Interposto de julgado em ação rescisória, há de se conter nos pressupostos desta e não no seu próprio mérito, não sendo cabível reexaminar a decisão rescindenda. Agravo não provido.”

Nos anos setenta do século passado, essa orientação era tida e havida pelo Supremo como jurisprudência já assentada há algum tempo (entre outros, os acórdãos das RTJs-44/133, Barros Monteiro, 57/554, Djaci Falcão, 87/502, Thompson Flores, 93/643, Soares Muñoz, 93/721, Décio Miranda), e Bilac, em julgado de dezembro de 1973 publicado na RTJ-70/495, valendo-se desses precedentes, disse que eles estavam fundados “em que a apreciação das questões suscitadas na rescisória levaria o Tribunal a julgar a própria ação e, indiretamente, a sentença rescindenda”. Ora, concluiu Bilac, o recorrente “reabre, no presente recurso, a discussão acerca da matéria julgada na decisão rescindenda, o que desborda dos estreitos limites do recurso extraordinário”.

Eis trecho do voto de mais um precedente, datado de 1979, da relatoria de Rafael Mayer, em sessão plenária do Supremo (RTJ-93/910):

Com o equacionamento que oferece em seu recurso, pretende, na realidade, a Recorrente suscitar uma terceira instância, para julgar, em grau de recurso ordinário trabalhista, a ação rescisória, reexaminando a sentença que se visa rescindir, como se fosse ela que viesse à instância extraordinária.

Entretanto, o intento não alcança correspondência na concepção do recurso extraordinário, que tem por objeto a decisão de única ou última instância, nem na jurisprudência pacífica desta Corte.

Tem-se entendido que o recurso extraordinário apenas se dirige aos pressupostos da decisão na ação rescisória ‘e não aos fundamentos da decisão rescindenda, limitado o apelo extremo, por essa forma, à indagação de haver sido, com razão ou sem ela, acolhida a rescisória em caso de absoluta impertinência’ (RTJ – 44/133).

Com pertinência, à espécie, a exata colocação do eminente Ministro Djaci Falcão no julgamento do RE n. 63.036, ao dizer que...



Essa jurisprudência do Supremo referia-se à ordem constitucional precedente. O ordenamento novo, proveniente da Constituição de 1988, instalou o Superior Tribunal em 1989, e dele há acórdãos referentes a recurso especial que adotam, é verdade, as reflexões do Supremo. Em 1995, eu mesmo, na Segunda Seção, escrevi, para o REsp n. 9.837, esta ementa: “Ação rescisória fundada no art. 485-V do Cód. de Pr. Civil. Improcedência. Interposição do recurso especial. Cabimento deste. Em caso de rescisória, o recurso especial deve limitar-se aos pressupostos dessa ação, e não se dirigir ao acórdão rescindendo. Caso em que no fundo o recorrente ataca não o acórdão proferido no julgamento da rescisória mas, sim, o ato judicial cuja desconstituição está postulando. Falta de cabimento do especial, daí não ter sido o recurso conhecido” (DJ de 15.05.1995). Nessa mesma linha, há, por exemplo, de Sálvio de Figueiredo, o REsp n. 250.865, de 2003, de José Delgado, o REsp n. 448.688, de 2002, de Fernando Gonçalves, o REsp n. 447.235, de 2002, e de Gilson Dipp, o AgRg no REsp n. 611.273, de 2004, este com a seguinte ementa: “I - Esta Egrégia Corte já firmou entendimento no sentido de que o recurso especial interposto em sede de ação rescisória deve cingir-se ao exame de eventual afronta aos seus pressupostos (art. 485 do Código de Processo Civil) e, não, aos fundamentos do julgado rescindendo. II - *In casu*, consoante se depreende das próprias razões recursais, a insurgência especial está a investir não contra os vícios ocorridos no acórdão da própria rescisória, que julgou improcedente o pedido, mas contra o mérito do aresto rescindendo, o que, por si só, constitui óbice ao provimento do presente recurso. III - Agravo interno desprovido.”

Em 1998, estando presentes à sessão da 3ª Turma Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Menezes Direito e Costa Leite, julgamos, ali, o REsp n. 84.236, quando, na condição de seu Relator, lancei, na ementa do acórdão, este tópico: “Em caso de rescisória, recomenda-se que o recurso especial limite-se aos pressupostos desta ação, e não se dirija à sentença rescindenda” (DJ de 31.08.1998).

Ora, sob o aspecto formal-técnico-lógico, sobretudo processual, tal jurisprudência, vigente na denominada instância extraordinária desde 1950, se não datada até de tempos mais remotos, apresenta-se de modo irrepreensível.

Certamente, existem outros e mais outros pronunciamentos. É possível até que haja julgados noutro sentido. Ao que melhor se cuida, há sim, à vista da extensão do nosso banco de dados e da variação, vez por outra, da nossa jurisprudência.

Foi Hahnemann, em nome do Supremo, como se viu, quem sugeriu, mais de uma vez, nos idos de 1953 a 1956, que se intentasse, como preliminar necessária à interposição do extraordinário, a ação rescisória ou a revisão criminal; daí, onde se lia “quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal” (Constituição de 1946, art. 101, III, a), dever-se-ia ler “quando a decisão houver sido dada em ação rescisória ou revisão criminal de sentença argüida de contrária a dispositivo desta Constituição ou a letra de tratado ou lei federal”.

Em 1956, a Comissão Especial de Juristas, instituída por Nereu Ramos e integrada por Carlos Medeiros (Relator), San Tiago Dantas, Gonçalves de Oliveira, Brochado da Rocha e Hermes Lima, acolhia a idéia de Hahnemann, dando-lhe, porém, esta redação: “quando for contrária a dispositivo desta Constituição ou a letra de tratado ou lei federal, a decisão proferida em ação rescisória, mandado de segurança, *habeas corpus*, ressalvado o disposto no item II, a, bem como em revisão, ou, se esta não couber, em outro processo penal.” O item II, a, cuidava do *habeas corpus* quando denegatória fosse a decisão. A proposta chegou a ir ao Congresso, inutilmente.

A proposta Hahnemann não é do meu agrado. Pretendo não esmiuçá-la mais. Abordei-a porque pessoalmente creio que as coisas que fui alinhavando reforçavam a reflexão de que, em caso de rescisória – expediente de impugnação que há de receber exegese estrita –, o recurso especial há de se limitar aos pressupostos dessa ação.

Decerto há controvérsia. Sim, há, e várias. Andei pesando os prós e os contras. Uma das minhas preocupações é de ordem institucional, tem a ver com o papel do Superior no cenário nacional, Tribunal a que foram cometidos pelos constituintes poderes e competências de tal modo que, no plano infraconstitucional, pudesse de tudo, sem maiores entraves de ordem processual, a fim de que prevaleça, sempre e sempre, o melhor direito. Sei lá se não estaria eu, com a minha posição, digamos, limitativa, fechando algumas das janelas do Superior. Será que não estaríamos



impedindo, por exemplo, o Superior de efetuar correções se e quando necessárias? Afastei a preocupação ao entendimento de que, em casos assim, quem vacila é a parte, deixando de recorrer adequadamente, no momento próprio, quando dispõe de prazos e de recursos. Pergunto mais: não se estaria aqui quebrando a igualdade das partes no processo (porque se estaria abrindo prazos e permitindo recursos após feita a coisa julgada)? Igualdade que cumpre ser preservada à vista da composição dialética do próprio processo. Ainda pergunto: não se estaria também velando pela rápida solução dos litígios? Tratando-se de meio de impugnação excepcional, e tal é a rescisória, recomenda-se exegese estrita.

Surge o seguinte imbróglio. Suponhamos uma sentença fundada exclusivamente em normas constitucionais cuja ação rescisória, obviamente fundada em idênticas normas, é julgada improcedente, donde a interposição dos recursos especial e extraordinário. Teria o recurso especial cabimento, ainda que nele se invocasse a violação do art. 485, V, do Cód. de Pr. Civil? No julgamento do especial, o Superior, se cabível o recurso, isto é, desde que ultrapassada a preliminar de conhecimento, terá de examinar a matéria constitucional; então, poderá fazê-lo se, em princípio, não lhe assiste, no julgamento do recurso, o contencioso constitucional? E o Supremo poderá julgar o extraordinário. Para julgá-lo, o Supremo terá, preliminarmente, de verificar se ofendido o art. 485, V, mas ele não tem o contencioso infraconstitucional. Digamos que o Superior julgue o recurso especial. Com isso, estará abrindo campo ao recurso extraordinário. Sucede que o recurso extraordinário irá cuidar dos fundamentos da sentença rescindenda – fundamentos de ordem constitucional –, mas deles o Supremo não poderá cuidar, de acordo com a sua antiga jurisprudência...

Escreveu Teori Zavascki (“Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional”, RT, p. 139):

Se tal entendimento [o de que o recurso de índole extraordinária deve se endereçar aos pressupostos da ação rescisória] não produzia maior consequência no regime constitucional anterior, quando o Supremo era a instância extraordinária competente também para recursos por ofensa à lei – o que lhe permitia, ainda que por via transversa ou indireta, exercer o controle da matéria constitucional – ele, atualmente, tem resultado desastroso e inconstitucional:

impede o Supremo Tribunal Federal de manifestar-se sobre a matéria constitucional debatida como tema central nas ações rescisórias. O atendimento ou não dos pressupostos da rescisória, previstos no ordenamento infraconstitucional (art. 485 do CPC), ensejaria, assim, recurso especial fundado no art. 105, III, a, da Constituição. Mesmo em matéria constitucional, seria o STJ o tribunal que, a pretexto de fazer juízo sobre a aplicação do inc. V do art. 485 do CPC, decidiria sobre a configuração ou não, na hipótese de violação literal de preceito constitucional. Em suma, afirmada a tese de que o recurso deve dirigir seu foco aos pressupostos da ação, e jamais aos fundamentos adotados no julgado rescindendo, a consequência necessária é a de que, havendo ação rescisória, será do Superior Tribunal de Justiça, e não do Supremo Tribunal Federal, a palavra definitiva sobre a existência ou não de violação da Constituição. A única e rara exceção seria a de rescisória de competência originária do próprio STF. Nesse contexto, seriam imunes ao controle da Corte Suprema até mesmo as decisões do STJ e de qualquer outro tribunal que, em rescisória, negassem ter havido violação da Carta Magna por parte da sentença manifestamente contrária à jurisprudência do Tribunal guardião da Constituição.

São estas as conclusões do excelso processualista:

Para obviar consequências assim tão desajustadas do sistema, é indispensável que se revise a orientação hoje predominante, passando-se a admitir recurso extraordinário sobre a matéria constitucional tratada no julgado rescindendo...

.....
... será admissível ação rescisória em matéria constitucional, sem os empecilhos da Súmula n. 343; porém, o acórdão que lhe julgar o mérito, afirmando a existência ou inexistência de violação à Constituição, estará sujeito a controle pela Suprema Corte, mediante recurso extraordinário (CF, art. 102, III).

Com a vênua devida, não creio estejamos diante de consequências desajustadas do sistema. A compreensão que tenho dos acontecimentos de que estamos cuidando é a de que a causa haveria mesmo de ir ao Superior Tribunal, e por duas ordens de idéias: primeiro, porque o recurso especial



foi interposto sob a alegação de ofensa a texto infraconstitucional – art. 485, V, do Cód. de Pr. Civil; segundo, porque, nesse caso, o Superior Tribunal, evidentemente, tem o contencioso constitucional, tem-no quer para rescindir a sentença – *iudicium rescindens*, quer para julgar novamente a causa – *iudicium rescissorium*.

A questão que novamente nos é imposta gira em torno do papel que o Superior Tribunal desempenha diante de questões constitucionais. No ano de 2001, escrevi para o REsp n. 215.881, porque dele me tornara Relator, a seguinte ementa (em incidente de declaração de inconstitucionalidade):

Recurso especial (julgamento). Inconstitucionalidade (prejudicial). Arguição/procedimento (Regimento, art. 200 e Cód. de Pr. Civil, arts. 480 a 482). Competências constitucionais (distribuição). Incidente (caso em que lhe falta cabimento).

1. No julgamento do recurso especial, uma vez acolhida a arguição, a Turma remeterá o feito à Corte Especial.
2. Compete à Corte Especial julgar a prejudicial de inconstitucionalidade.
3. Do julgamento, porém, não poderá tirar proveito o autor do recurso especial (recorrente). Caso a declaração venha a beneficiar o recorrente, ao incidente faltarão cabimento.
4. É que, no exercício da competência prevista no inciso III do art. 105 da Constituição, em princípio o Superior não dispõe do contencioso constitucional. Tê-lo-á em restritas hipóteses.
5. Em tal competência, o que é do Superior é toda a jurisdição infraconstitucional (o direito comum).
6. Já no exercício das competências previstas nos incisos I e II do art. 105, livremente o Superior também desfruta do contencioso constitucional.
7. No exercício da competência do inciso III, é lícito ao Superior previamente declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, desde que a declaração não seja a favor do recorrente; a favor do recorrido, sim.
8. Caso em que a inconstitucionalidade, se declarada, não aproveitaria ao recorrido. Por sinal, nem ao recorrente, que

interesse algum tinha na declaração, tanto que se defendera com outros fatos e outros fundamentos. Daí, em caso que tal, tratar-se-ia, *também*, de declaração de inconstitucionalidade em tese.

9. Preliminar de não-cabimento, acolhida por maioria de votos.

Com essas considerações, cheguei às seguintes conclusões:

(I) É do Superior toda a jurisdição infraconstitucional (direito ordinário), salvo hipóteses que dizem respeito a determinados membros de Poder, como o Presidente da República (Constituição, art. 102, I, b e d).

(II) No exercício das competências previstas nos incisos I e II do art. 105, livremente o Superior também dispõe do contencioso constitucional. Por certo, é-lhe lícito o modelo difuso-incidental de controle de constitucionalidade. Sua palavra não é final; em tese, sempre haverá o recurso extraordinário.

(III) No exercício da competência prevista no inciso III do art. 105, amplamente o Superior dispõe do contencioso infraconstitucional. Em princípio, não tem o contencioso constitucional. Te-lo-á em uma ou duas hipóteses, podendo fazer, incidente e previamente, declaração de inconstitucionalidade. Não, se em benefício da parte recorrente. Um dos poucos casos em que o Superior Tribunal desfruta do contencioso constitucional quando exercita a competência que lhe é concedida pelo inciso III do art. 105 da Constituição é o do recurso cujo foco se dirige aos pressupostos da ação, como deve ser, e não aos fundamentos adotados no julgado rescindendo; a consequência necessária é a de que, havendo ação rescisória, será do Superior Tribunal – e não do Supremo Tribunal – a palavra definitiva sobre a existência ou não de violação da Constituição.

(IV) É do Supremo a jurisdição constitucional. É o Tribunal da Constituição, órgão mais de natureza política – Corte de Justiça política. Do Supremo esperar-se-ia, como alhures se esperou, se substituísse ao poder moderador. Melhor ficaria se transformado em Corte Constitucional exclusivamente.

(V) Para zelar pela guarda da Constituição, todos os instrumentos são úteis, necessários e legítimos ao Supremo. Ao lado do modelo difuso-



incidental, compete-lhe, e somente a ele, o modelo concentrado-abstrato de controle de constitucionalidade.

(VI) não é útil nem conveniente ao Supremo – nem legítimo fazê-lo – entrar na matéria infraconstitucional, cuja jurisdição pertence ao Superior. Significa que é vedado o conhecimento do extraordinário a pretexto de ofensa à Constituição e, em seguida, o desfecho da causa fundado no direito infraconstitucional (provimento). De acordo com o sistema vigente, apenas o Superior tem autorização constitucional, mediante o recurso especial, para decidir as causas aplicando-lhes o direito ordinário.

(VII) As decisões do Superior, tratando-se de matéria infraconstitucional, hão de ser finais, irrecorríveis, com autoridade de coisa julgada, tanto como já o são as oriundas de recurso especial e quanto haverão de sê-lo as provenientes do exercício das competências originária e ordinária.

**O STJ E O CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DE LEI E ATO
NORMATIVO**

Nelson Nery Junior

*Professor Titular das Faculdades de Direito da
PUC-SP e da Universidade Estadual Paulista
"Júlio de Mesquita Filho" (UNESP)
Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito pela
PUC-SP
Procurador de Justiça do Ministério Público de
São Paulo, aposentado
Advogado*



O STJ E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI E ATO NORMATIVO

Nelson Nery Junior

Sumário: 1. Introdução. - 2. Ações da competência originária do STJ (CF 105 I). A competência do STJ para julgar o recurso ordinário (CF 105 II). - 3. O Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça (CF 105 III): 3.1 *REsp e juízo de cassação*; 3.2 *REsp e juízo de revisão*; 3.3 *REsp. Juízos de cassação e de revisão, simultaneamente*; 3.4 *REsp. Conceito de causa*; 3.5 *REsp. Causas decididas*; 3.6 *REsp. Única ou última instância*; 3.7 *REsp. Tribunal*. - 4. *REsp. Controle da constitucionalidade das leis e atos normativos federais*: 4.1 *Juízo de cassação*; 4.2 *Juízo de revisão*. - 5. O incidente de inconstitucionalidade no STJ.

1. INTRODUÇÃO.

Tem-se discutido acerca da competência do Superior Tribunal de Justiça para declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade de lei e ato normativo nos processos e recursos de sua competência, tarefa essa que consiste no exercício do controle *concreto* e *difuso* da constitucionalidade das leis e atos normativos. O controle *abstrato* e *concentrado* da constitucionalidade das leis e atos normativos é exercido pelo STF por meio da ADIn (CF 102 I) e pelos Tribunais de Justiça, caso a norma seja contestada em face da Constituição do Estado e esta preveja e regule a ADIn estadual.

A partir do *leading case* de que foi Relator, no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Sepúlveda Pertence¹, afirma-se que o STJ não teria competência para exercer o controle de constitucionalidade de lei e ato normativo, notadamente no âmbito do recurso especial, dada a dicotomia existente no sistema constitucional vigente, entre as matérias constitucionais e legais, aquelas submetidas à competência do STF e estas à do STJ.

Os fundamentos exteriorizados pelo STF no julgamento do referido AgRgAg n. 145.589-7-RJ para afirmar a incompetência do STJ para exercer o controle concreto de constitucionalidade são os seguintes: a) matéria constitucional é da competência recursal do STF, de modo que a parte deve apontar a inconstitucionalidade da decisão judicial impugnada, nas razões de seu recurso extraordinário; b) se não foi alegada a matéria constitucional e, por isso, não houve interposição de recurso extraordinário, a matéria se encontra preclusa e não deve ser conhecida pelo STJ por falta de prequestionamento.

Este é o problema que se nos apresenta e o estágio em que se encontra na jurisprudência do STF.

Acreditamos ser importante avançarmos e darmos a nossa contribuição no estudo da matéria, como forma de homenagear o Tribunal da Cidadania neste 20º aniversário de sua instalação, cumprimentando seus Ministros e funcionários pelo excepcional trabalho realizado nestes vinte anos e desejando-lhes felicidades e forças para que possam continuar a desempenhar a tarefa que foi outorgada pela Constituição ao Superior Tribunal de Justiça.

¹ Recurso extraordinário. Interposição de decisão do STJ em REsp. Inadmissibilidade, se a questão constitucional de que se ocupou o acórdão recorrido já fora suscitada e resolvida na decisão de segundo grau e, ademais, constitui fundamento suficiente da decisão da causa. 1. Do sistema constitucional vigente, que prevê o cabimento simultâneo de RE e do REsp contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau, decorre que da decisão do STJ, no REsp, só se admitirá RE se a questão constitucional objeto do último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária. 2. Não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentemente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício. O que não e dado àquela Corte, em REsp, é rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior. Se o faz, de duas uma: ou a) usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o RE ou, caso contrário, b) ressuscita matéria preclusa. 3. Ademais, na hipótese, que é a do caso - em que a solução da questão constitucional, na instância ordinária, constitui fundamento bastante da decisão da causa e não foi impugnada mediante RE, antes que a preclusão da matéria, e a coisa julgada que inibe o conhecimento do recurso especial (STF, Pleno, AgRgAg n. 145.589-7-RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 02.09.1993, m.v., DJU 24.06.1994, p. 16652-RTJ 153/684).



2. AÇÕES DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STJ (CF 105 I). A COMPETÊNCIA DO STJ PARA JULGAR O RECURSO ORDINÁRIO (CF 105 II).

A CF 105 I estabelece as ações de competência originária do STJ. Nessas ações o STJ age como juízo de competência plena, de modo que pode decidir aplicando a CF e demais leis do País, tem o poder de colher provas e, atuando com seu livre convencimento motivado (CPC 131), decidir *secundum constitutionem* e *secundum legem*.

Como nessas causas (competência originária e recursal para julgar recurso ordinário) não há a dicotomia *matéria constitucional-matéria legal*, própria dos RE e REsp, o STJ tem ampla e irrestrita competência para processá-las e julgá-las, o que lhe permite aplicar a CF e controlar a constitucionalidade de lei e de ato normativo questionado em face da CF.

Caso essa competência originária e recursal para julgar o recurso ordinário seja de órgão fracionário do STJ – Seção ou Turma –, esse mesmo órgão pode declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, mas sem natureza decisória para o caso concreto: lavra o acórdão e submete a matéria, como *incidente de inconstitucionalidade* (CPC 480), para o órgão competente do Tribunal, nos termos da CF 97.

No STJ o órgão competente para julgar o incidente de inconstitucionalidade é a Corte Especial, segundo expressa determinação da CF 97.

Veremos no item n. 5, abaixo, o procedimento para a Corte Especial julgar o incidente de inconstitucionalidade.

3. O RECURSO ESPECIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (CF 105 III).

Com o objetivo de preservar a autoridade da lei federal no País e uniformizar o seu entendimento, é admissível o REsp contra acórdãos de tribunais que, em decisão de única ou última instância, contrariarem ou negarem vigência a tratado ou lei federal; julgarem válida lei local contestada em face de lei federal; ou derem a esta interpretação diferente da que lhe tenha dado outro tribunal.

Trata-se de forma excepcional de recurso, não configurando terceiro ou quarto grau de jurisdição, tampouco instrumento processual para correção de injustiça. Daí não poder ser invocada, em grau de REsp, a ordem pública de que se revestem algumas questões, para que possam ser apreciadas *ex officio* e pela primeira vez pelo STJ, *no juízo de cassação*.

As questões de ordem pública devem ser decididas *ex officio* pelo juiz ou podem ser argüidas a qualquer tempo e grau *ordinário* de jurisdição (TJ, TRF, TRT ou TRE), conforme autorizam os CPC 267 § 3º e 301 § 4º, mas não, pela primeira vez, em REsp ou RE, que são mecanismos de *rejulgamento* da causa (matéria), pressupondo matéria *já decidida*, conforme clara disposição dos CF 105 III e 102 III.²

Verificada a procedência da alegação do recorrente, de que o tribunal *a quo* infringiu, por exemplo, a lei federal, o STJ, dando provimento ao REsp, cassará o acórdão recorrido e, numa segunda fase do julgamento (*juízo de revisão*), aplicará o direito à espécie, podendo ingressar no mérito do caso concreto, apreciar as provas e dar o direito a quem o tem (RISTJ 257 e STF 456).^{3 4}

3.1 REsp e juízo de cassação. Cassar significa desconstituir, anular. Há países - como, por exemplo, Itália e França - nos quais existem o recurso de cassação e o correspondente tribunal de cassação, constituindo sistema separado do recurso de revisão, com o seu correspondente tribunal de revisão.

Nesse caso, ao dar provimento ao recurso, o tribunal de cassação apenas cassa, *anula* a decisão recorrida, devolvendo os autos à instância inferior para que esta possa rejulgar a causa, aplicando necessariamente a interpretação e a conclusão dadas pelo tribunal de cassação. O juízo

² V. mais amplamente Nelson Nery Junior. Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 346 e RISTJ 257), in José Miguel Garcia Medina, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira e Luiz Manoel Gomes Júnior (coordenadores). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais (Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, pp. 966/975.

³ RISTJ: "Art. 257. No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie."

⁴ STF 456: "O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie."



de cassação do REsp corresponde ao *iudicium rescindens* da ação rescisória.⁵

Este tribunal de cassação não tem o poder de rejulgar a causa (juízo de revisão). Nessa função de cassação, o tribunal superior apenas controla a higidez do acórdão ou decisão de última ou única instância recorrida: o que não estiver na decisão (o que não tiver sido decidido) não pode ser sindicado pelo tribunal superior, ainda que seja matéria de ordem pública, pois esse exame, pela primeira vez, sem decisão anterior do tribunal *a quo*, não está autorizado pela CF 105 III (REsp) nem pela CF 102 III (RE).

Ao exercer a função de tribunal de cassação o STF, STJ e TST só poderão analisar questões de direito que tiverem sido *efetivamente decididas* pelo órgão jurisdicional inferior (STF 282 e 356),^{6 7} protegendo a CF, o respeito à lei federal e uniformizando o entendimento dessa mesma lei federal no País, sendo-lhes vedado o simples reexame de prova (STJ 7 e STF 279).^{8 9}

O requisito de o recurso excepcional versar sobre *questão decidida* encontra-se no texto constitucional. Se a questão não tiver sido efetivamente decidida pela instância ordinária (*v.g.*, matéria de ordem pública ainda não decidida), não terá sido preenchido o requisito constitucional da *questão decidida* para que seja admissível o recurso excepcional (CF 105 III).

Verificado, *v.g.*, o desrespeito à CF ou à lei federal, o tribunal superior dará provimento ao recurso excepcional, cassando (anulando) a decisão incorreta. Somente se for provido o recurso excepcional é que o tribunal superior poderá passar ao segundo juízo: o de revisão.

⁵ Nelson Nery Junior. Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial, cit., n. 2, p. 967.

⁶ STF 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

⁷ STF 356: “O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

⁸ STJ 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

⁹ STF 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

3.2 *REsp e juízo de revisão*. Revisar significa *rejulgar*, julgar de novo. É atributo típico da competência recursal de tribunal. O conteúdo e os limites do juízo de revisão são dados pelo sistema legal que disciplina o recurso.

Para que possa proferir adequada e corretamente o juízo de revisão, o tribunal superior deverá ingressar livremente no exame da prova constante dos autos, funcionando como verdadeiro tribunal de apelação, podendo, inclusive, corrigir injustiça. No juízo de revisão, porque exerce funções de tribunal de apelação (segundo grau de jurisdição), pode o STJ examinar pela primeira vez as questões de ordem pública, que devem ser examinadas em qualquer grau *ordinário* de jurisdição (CPC 267 § 3º e 301 § 4º), circunstância decorrente do *efeito translativo* dos recursos.¹⁰

Está correta a disposição do STF 456: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do [*rectius*: dando provimento ao] recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”. Para aplicar o direito à espécie, na esteira do STF 456, vale dizer, para exercer o *juízo de revisão*, o tribunal superior deverá ultrapassar primeiro o *juízo de cassação*, vale dizer, deve *dar provimento* ao recurso excepcional, *cassando* a decisão recorrida. Esse verbete aplica-se também, por extensão, ao STJ quando do julgamento do REsp, conforme previsto no RISTJ 257. O juízo de revisão do REsp corresponde ao *iudicium rescissorium* da ação rescisória.¹¹

3.3 *REsp. Juízos de cassação e de revisão, simultaneamente*. O sistema brasileiro dos recursos excepcionais (RE, REsp e RR) confere dupla competência recursal ao tribunal *ad quem* (STF, STJ e TST), que tem *simultaneamente* competência para proferir os juízos de cassação e de revisão.

Isso significa que o tribunal superior analisará, num primeiro momento, a regularidade da decisão judicial recorrida, proferindo *juízo de cassação*. Caso a decisão recorrida esteja incorreta, o tribunal superior dará provimento ao recurso e *cassará* a referida decisão porque, *v.g.*, ofendeu a CF (RE e RR) ou negou vigência à lei federal (REsp e RR).

¹⁰ Nelson Nery Junior. Teoria Geral dos Recursos, 6ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, n. 3.5.4, p. 482 *et seq.*

¹¹ Nelson Nery Junior. Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial, cit. n. 3, p. 968.

Somente depois de haver dado provimento ao recurso excepcional, cassando a decisão judicial recorrida, é que o tribunal superior analisará, num segundo momento, o direito posto em causa, proferindo *juízo de revisão*, rejugando a causa.

Em nosso entendimento, a solução do problema da competência do STJ para reconhecer, incidentemente, a inconstitucionalidade de lei e ato normativo no julgamento do recurso especial está no domínio da *técnica processual dos juízos de cassação e de revisão do REsp*.

Com efeito, *no juízo de cassação* do REsp é absolutamente inadmissível o conhecimento de questão constitucional por duas razões expostas a seguir. Dois são os cenários possíveis: a) a matéria constitucional já *foi suscitada* na instância inferior e, nesse caso, essa matéria comporta impugnação pela via do RE ao STF (CF 102 III), vedado ao STJ sobre ela pronunciar-se; b) a matéria constitucional *não foi suscitada* na instância inferior e, portanto, está preclusa e não pode ser submetida nem ao STF nem ao STJ por faltar o requisito constitucional da *questão decidida* (CF 102 III, 105 III).

No *juízo de revisão* do REsp o STJ pode, sim, apreciar e decidir sobre inconstitucionalidade de lei e ato normativo. Isto porque, *cassado o acórdão* do tribunal federal ou estadual, vale dizer, *provindo* o REsp porque o acórdão, *v.g.*, negou vigência a lei federal, o STJ *rejulgará* a causa, aplicando o direito à espécie (RISTJ 257, STF 456).

Em outras palavras, isso significa que o STJ, no juízo de revisão do REsp, atua como tribunal de apelação, isto é, pode tudo: rever prova, analisar documentos, decidir *ex officio* matéria de ordem pública e reconhecer, incidentemente, a inconstitucionalidade de lei e ato normativo. Este último incidente, a Turma ou Seção que reconhecer a inconstitucionalidade, suscitará incidente de inconstitucionalidade para que a Corte Especial decida. Ratificada a declaração de inconstitucionalidade pela Corte Especial, desse resultado será comunicado o órgão fracionário que continuará no julgamento do REsp.

3.4 *REsp. Conceito de causa.* Para efeito de impugnabilidade por REsp, causa é toda questão decidida por meio de atividade jurisdicional, em última ou única instância. Questões administrativas, ainda que decididas por órgão do Poder Judiciário, não se configuram como *causa* para fins de REsp.

3.5 *REsp. Causas decididas.* Por meio do REsp, o STJ somente revê julgamentos dos tribunais inferiores. A competência do STJ para julgar o REsp não é originária, mas sim recursal, o que significa que o STJ somente *rejulga* questões já julgadas na instância inferior. Assim, apenas quando tiver sido *decidida* a causa é que, em tese, cabe REsp ao STJ, se o recorrente alegar que o tribunal *a quo* proferiu julgamento com infringência ao texto legal federal.

Questão não decidida na instância inferior não enseja revisão por meio do REsp: o que não foi decidido não pode ser redecidido (revisto). Daí por que tem razão o STJ quando exige o *prequestionamento* da questão federal, para que possa conhecer do REsp (STF 282 e 356).

Prequestionar significa provocar o tribunal inferior a pronunciar-se sobre a questão constitucional, previamente à interposição do REsp. Não havendo sido decidida a questão, se efetivamente alegada anteriormente, a parte terá de opor embargos de declaração (STF 356), para provocar o julgamento do tribunal inferior sobre a questão por ela argüida ou sobre questão que o tribunal deveria decidir *ex officio* (questão de ordem pública) e não o fez. Permanecendo o juízo inferior sem decidir a questão, mesmo depois de opostos EDcl, e, subsistindo o vício que autorizava a oposição dos embargos, o juízo local ofendeu, no mínimo, o CPC 535, cabendo REsp contra essa decisão, se presentes os demais requisitos do CF 105 III (STJ 211)¹², REsp esse destinado a *apenas* cassar o acórdão e determinar que o tribunal *a quo* julgue os EDcl.

3.6 *REsp. Única ou última instância.* O REsp é admissível quando já esgotadas todas as possibilidades *recursais* nas instâncias ordinárias. Se couber algum recurso contra a decisão judicial, terá de ser interposto antes da utilização da via excepcional do REsp (STF 281)¹³.

A eventual possibilidade de ataque à decisão, pela via de ação autônoma de impugnação (como, por exemplo, a ação rescisória), não impede de, no mesmo processo, recorrer-se por meio do REsp. Devem ser esgotadas somente as vias recursais (dentro da mesma relação processual) e não todas as formas de impugnação, para que seja admitido o REsp.

¹² STJ 211: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

¹³ STF 281: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.



3.7 *REsp. Tribunal*. Somente das decisões *colegiadas* de tribunais regionais federais e tribunais de justiça é que caberá REsp, não se o admitindo contra decisões de juízes singulares. Decisões, ainda que finais, de tribunais trabalhistas, militares e eleitorais não são impugnáveis por REsp. Também não são recorríveis por REsp as decisões singulares de membros de tribunais e as proferidas por turmas de recursos nos juizados especiais cíveis (CF 98 I e LJE 41). Decisões *monocráticas* proferidas nos tribunais não são impugnáveis por REsp.

4. RESP. CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS NORMATIVOS FEDERAIS.

4.1 *Juízo de cassação*. É possível ao STJ, no julgamento de ação de sua competência originária (CF 105 I) ou por meio de recurso ordinário (CF 105 II), controlar a constitucionalidade de lei federal e de ato normativo federal ou estadual contestado em face da CF (controle concreto ou difuso), observada a reserva de plenário (CF 97).

No entanto, não é possível, por meio de REsp, em regra, a realização desse controle de constitucionalidade no *juízo de cassação*. Como a CF dividiu a competência recursal do STF e do STJ, estabelecendo competir ao STF julgar RE em matéria constitucional (CF 102 III) e ao STJ julgar REsp em matéria infraconstitucional (CF 105 III), *cassando* a decisão judicial que tiver ofendido a CF ou a lei federal, o controle concreto da constitucionalidade será exercido, de regra, por meio do julgamento do RE no STF.

No *juízo de cassação*, não cabe ao STJ *rejulgar* matéria constitucional já resolvida pelo tribunal de origem, porque isso representaria ou a) usurpação da competência do STF (existe, sobrestado, RE interposto da parte do acórdão que julgou a matéria constitucional) ou b) ressuscitaria matéria preclusa (não houve interposição de RE).¹⁴

4.2. *Juízo de revisão*. Cassado o acórdão que tiver ofendido a lei federal (*juízo de cassação*), o STJ deverá *rejulgar* a causa (*juízo de revisão*), aplicando o direito à espécie (RISTJ 257; STF 456).

Para *rejulgar* a causa o STJ deverá utilizar-se de todos os meios que o direito permite para tanto, vale dizer, poderá analisar provas,

¹⁴ STF, Pleno, AgRgAg n. 145.589-7-RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 02.09.1993, m.v., DJU 24.06.1994, p. 16.652-RTJ 153/684.

corrigir injustiças e exercer o *controle de constitucionalidade* de lei ou ato normativo federal ou estadual, contestado em face da CF. Poderá, inclusive, aplicar o direito local (estadual ou municipal), se for o caso. Nesta última hipótese compete à parte provar o conteúdo e a vigência do direito local, porque a máxima *iura novit curia* somente se aplica ao direito federal.

Portanto, somente sobre matéria constitucional *ainda não decidida e não preclusa no processo*, vale dizer, somente se a questão tiver surgido no julgamento (juízo de *revisão*) do próprio REsp, é que o STJ pode exercer o controle concreto de constitucionalidade de lei ou de ato normativo contestado em face da CF.

Nessa hipótese, as Turmas ou Seções do STJ, proclamando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, submeterão a matéria à Corte Especial (CPC 480-482) para que esse órgão máximo decida a prejudicial de inconstitucionalidade.

Decidida a questão da inconstitucionalidade da lei pela Corte Especial, os órgãos fracionários continuarão o julgamento do REsp, devendo aplicar o que ficou decidido pela Corte Especial. As Turmas e Seções não podem, sozinhas, decidir definitivamente sobre a declaração incidental da inconstitucionalidade de lei no âmbito do STJ (CF 97).

Como os EDiv (CPC 546) são decorrentes do REsp, aplica-se a esse recurso o mesmo regime jurídico aqui descrito para o REsp.¹⁵

5. O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE NO STJ.

A CF 97 prevê a reserva de plenário para que qualquer tribunal possa declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo. Somente pela maioria absoluta do plenário ou órgão especial do tribunal é que a declaração de inconstitucionalidade poderá ser feita.

O RISTJ 11 IX estabelece a competência da Corte Especial para processar e julgar “as arguições de inconstitucionalidade de lei ou

¹⁵ Luís Roberto Barroso. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, Cap. II, n. 3.4, pp. 88/89; Dirley da Cunha Júnior. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, Salvador: Podivm, 2006, Cap. V, n. 4, p. 139; João Paulo Castiglioni Helal. *Controle da constitucionalidade: teoria e evolução*, Curitiba: Juruá, 2006, n. 5.3.3.2, p. 248; Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*, 10ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, coment. 4 CPC 543, p. 938.

ato normativo suscitadas nos processos submetidos ao julgamento do Tribunal”.

O Ministério Público intervém obrigatoriamente nas arguições de inconstitucionalidade que se processam perante a Corte Especial (RISTJ 64 I).

Formada por vinte e dois Ministros (Presidente, Vice-Presidente, Corregedor do Conselho Nacional de Justiça, Coordenador-Geral da Justiça Federal, seis Ministros mais antigos de cada uma das três Seções - RISTJ 2º § 2º), a declaração de inconstitucionalidade somente poderá produzir efeitos se proclamada pela maioria absoluta da Corte Especial, vale dizer, por pelo menos doze Ministros (metade mais um dos integrantes do órgão). Será, portanto, insuficiente, para os efeitos da CF 97, o julgamento que declarar inconstitucional a lei tomado pela maioria dos presentes à sessão da Corte Especial.

O incidente de arguição de inconstitucionalidade pode ser suscitado pela parte, pelo Ministério Público ou pelo órgão fracionário do STJ (Turma ou Seção) e deverá seguir o rito do CPC 480/482 e do RISTJ 199 e 200.

A parte e o MP podem suscitar o incidente em qualquer dos nos processos da competência originária ou recursal do STJ, que tramitarem perante Turma ou Seção, processo que ficará sobrestado até que o órgão fracionário decida preliminarmente o incidente. Negado pela Turma ou Seção, o julgamento da ação originária ou do recurso prosseguirá. Acolhida a alegação de inconstitucionalidade, o órgão deverá lavrar acórdão suspendendo o andamento da ação ou recurso e submetendo a questão prejudicial ao exame e julgamento da Corte Especial (RISTJ 16 I).

O STJ já decidiu arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, fazendo-o em incidente processual em ação de sua competência originária,¹⁶ o que se nos afigura normal e correto.

¹⁶ STJ, Corte Especial, Incid. de inconst. no RMS n. 988-PE, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, j. 12.08.1994, v.u., DJU 24.10.1994, p. 28678; STJ, Corte Especial, Incid. de inconst. no RMS n. 5.063-PE, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, j. 18.06.1997, m.v., DJU 24.11.1997, p. 61085; STJ, Corte Especial, Incid. de inconst. no RMS n. 4.993-DF, Relator Ministro Adhemar Maciel, j. 21.10.1998, m.v., DJU 19.02.2001, p. 128. Apiciando recurso em *habeas corpus*, a Corte Especial do STJ rejeitou a alegação de inconstitucionalidade do art. 553, § 2º, da Lei Municipal de São Paulo (RHC n. 881-SP, Relator originário Ministro Assis Toledo, Relator para acórdão Ministro Edson Vidigal, j. 11.04.1991, m.v., DJU 11.11.1991, p. 16.128), devolvendo o feito à 5ª Turma, que prosseguiu no julgamento e negou

Em acórdão paradigmático, a Corte Especial do STJ julgou incidente de inconstitucionalidade argüido em recurso especial, cuja ementa encontra-se nos seguintes termos:

Recurso especial (julgamento). Inconstitucionalidade (prejudicial). Argüição/procedimento (RISTJ 200 e CPC 480 a 482). Competências constitucionais (distribuição). Incidente (caso em que lhe falta cabimento). 1. No julgamento do recurso especial, uma vez acolhida a argüição, a Turma remeterá o feito à Corte Especial. 2. Compete à Corte Especial julgar a prejudicial de inconstitucionalidade. 3. Do julgamento, porém, não poderá tirar proveito o autor do recurso especial (recorrente). Caso a declaração venha a beneficiar o recorrente, ao incidente faltará cabimento. 4. É que, no exercício da competência prevista na CF 105 III, em princípio o Superior não dispõe do contencioso constitucional. Tê-lo-á em restritas hipóteses. 5. Em tal competência, o que é do Superior é toda a jurisdição infraconstitucional (o direito comum). 6. Já no exercício das competências previstas na CF 105 I e II, livremente o Superior também desfruta do contencioso constitucional. 7. No exercício da competência da CF 105 III, é lícito ao Superior previamente declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, desde que a declaração não seja a favor do recorrente; a favor do recorrido, sim. 8. Caso em que a inconstitucionalidade, se declarada, não aproveitaria ao recorrido. Por sinal, nem ao recorrente, que interesse algum tinha na declaração, tanto que se defendera com outros fatos e outros fundamentos. Daí, em caso que tal, tratar-se-ia, também, de declaração de inconstitucionalidade em tese. 9. Preliminar de não cabimento, acolhida por maioria de votos.¹⁷

Com esse julgamento o STJ posicionou-se a respeito do reconhecimento da inconstitucionalidade de lei e ato normativo no âmbito do julgamento do recurso especial.

provimento ao recurso (5ª T, Relator Ministro Edson Vidigal, j. 27.11.1991, m.v., DJU 16.03.1992, p. 3.102).

¹⁷ STJ, Corte Especial, Incidente de Inconstitucionalidade no REsp n. 215.881-PR, Relator originário Ministro Franciulli Netto (vencido), Relator para acórdão Ministro Nilson Naves, j. 18.04.2001, m.v., DJU 08.04.2002, p. 111.



A ressalva feita no respeitável julgamento, de que seria possível o reconhecimento da inconstitucionalidade se em desfavor do recorrente, parece não estar conformada com o texto constitucional nem com a sistemática do REsp.

Na hipótese de o acórdão impugnado pelo REsp ser *cassado*, isto é, de provimento do recurso especial por uma das causas autorizadas pela CF 105 III, o STJ passará ao julgamento do REsp em sua segunda etapa: o juízo de revisão.

Nesse juízo de revisão o STJ pode tudo, porque deverá aplicar o direito à espécie. Ao rever a causa, pode reapreciar provas, examinar *ex officio* matéria de ordem pública e declarar, pela Corte Especial, a inconstitucionalidade de lei e ato normativo.

Ao aplicar o direito à espécie, poderá decidir sobre inconstitucionalidade de lei e ato normativo, independentemente de essa declaração positiva beneficiar ou prejudicar qualquer das partes ou interessados. Condicionar o julgamento *secundum eventum litis* apearia a magna função da Corte Especial de declarar a inconstitucionalidade, conforme autoriza a CF 97, bem como seria ofensivo à CF 5º *caput* e I, porque quebraria a garantia da isonomia que deve existir no tratamento judicial dado às partes. Isto porque, ao reabrir o julgamento da causa, tudo o que restou discutido e decidido nos autos fica devolvido ao reexame do STJ (efeito devolutivo do REsp) e as questões de ordem pública ficam trasladadas (efeito translativo do REsp).

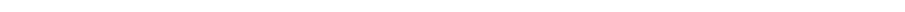
**O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E
OS PODERES DOS ÓRGÃOS DO SISTEMA
BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA:
ALGUMAS REFLEXÕES**

José Alexandre Buaiz Neto

Leonardo Peres da Rocha e Silva

*José Alexandre Buaiz Neto, Advogado, Mestre em Direito
Americano (LL.M.) pela Boston Universidade e
Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília*

*Leonardo Peres da Rocha e Silva, Advogado, Mestre
em Direito Econômico Internacional (LL.M.) pela
Universidade de Warwick, Pós-Graduado pela Fundação
Getúlio Vargas - Brasília e Bacharel em Direito pelo Centro
de Ensino Unificado de Brasília – CEUB*



O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E OS PODERES DOS ÓRGÃOS DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: ALGUMAS REFLEXÕES

José Alexandre Buaiz Neto e Leonardo Peres da Rocha e Silva

I. INTRODUÇÃO

No ano em que o STJ comemora 20 anos de existência cumprem-se 15 anos da promulgação da Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 8.884, de 11.06.1994). A Lei n. 8.884/1994 transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia e definiu não só as funções do CADE, órgão julgador, mas também as atribuições da Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça, e da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda, na investigação, prevenção e repressão de infrações da ordem econômica. CADE, SDE e SEAE são os órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)¹.

¹ Apesar de todos os avanços trazidos pela Lei n. 8.884/1994, a estrutura tripartite criada é muito criticada pela doutrina nacional. Vários concordam que a estrutura englobando três diferentes órgãos é ineficiente, tendo em vista a sobreposição de tarefas. Nesse sentido, o então coordenador da SEAE e agora Conselheiro do CADE, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo (2008, 574) merece destaque pela clareza: “Antes de tratar das medidas de advocacia implementadas pelos órgãos de defesa da concorrência brasileiros, é oportuno tecer alguns comentários a respeito da sua estrutura. Como se sabe, a SEAE e a SDE são órgãos de instrução, emitindo apenas pareceres não vinculativos, ao passo que o CADE exerce a função judicante do SBDC, decidindo em última instância administrativa condutas anticompetitivas e atos de concentração. / É consenso entre os órgãos do SBDC que essa estrutura é ineficiente, sobretudo levando em consideração as atribuições semelhantes e/ou sucessivas que a SEAE e a SDE possuem. Então, a otimização de recursos públicos passaria necessariamente por uma alteração das competências dos órgãos de concorrência, a fim de que cada um pudesse concentrar-se nas atividades que são mais pertinentes às suas respectivas peculiaridades, razão que, entre outros motivos, gerou um projeto de lei (PL) alterando o SBDC (...)”

Desde a promulgação da Lei n. 8.884/1994, houve um crescimento substancial no número dos processos julgados pelo CADE, consolidando a defesa da concorrência no Brasil. Em 1996, já sob a égide da Lei n. 8.884/1994², o CADE julgou apenas 162 processos³. Em 2008, apenas até o mês de novembro, foram julgados 757 casos⁴ pela autarquia. Desde 1996, o CADE julgou 7.362 atos de agentes de mercado, considerando averiguações preliminares, processos administrativos e atos de concentração⁵. Desses, 5.968 foram julgados entre 2000 e novembro de 2008⁶.

Durante esse período de consolidação da defesa da concorrência no Brasil, alguns processos relacionados à aplicação da Lei n. 8.884/1994 foram julgados pelo STJ. Ainda que seja cedo dizer que já existe no STJ uma jurisprudência consolidada sobre importantes institutos e conceitos introduzidos pela Lei n. 8.884/1994, é possível identificar relevantes julgados a respeito dos poderes dos órgãos do SBDC.

Neste artigo, destacaremos os mecanismos contidos na Lei n. 8.884/1994 para a repressão às infrações da ordem econômica, ao mesmo tempo em que analisaremos julgados que revelam o papel fundamental do STJ na uniformização da interpretação da Lei n. 8.884/1994, no que tange (i) aos poderes da SDE e da SEAE na investigação de condutas empresarias potencialmente prejudiciais à concorrência, (ii) ao poder de aplicação de multas e a discussão judicial quanto às penalidades aplicadas; (iii) ao poder do CADE no julgamento das condutas potencialmente lesivas; e (iv) à titularidade do poder de aplicação da Lei n. 8.884/1994.

² Registre-se que, em 17.12.2008, a Câmara dos Deputados aprovou, em votação simbólica (ou seja, sem necessidade de votação individualizada no plenário da Casa), o Projeto de Lei n. 3.937/2004, que reestrutura o CADE, redefine atribuições e procura dar mais agilidade ao SBDC. O texto ainda seguiria para votação no Senado Federal.

³ Fonte: Relatório Anual do CADE de 1996.

⁴ Fonte: Site do CADE: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?53d354dc23e122380848>.

⁵ A Lei n. 8.884/1994 prevê que o CADE pode julgar três tipos de processos para a defesa da concorrência: a averiguação preliminar, o processo administrativo e os atos de concentração, sendo os dois primeiros formas repressivas de controle, e o último uma forma preventiva.

⁶ Fontes: Relatórios Anuais do CADE de 1996 a 2000 e site do CADE: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?53d354dc23e122380848>. Acesso em 17.12.2008.



II. PODERES DA SDE E DA SEAE NA INVESTIGAÇÃO DE CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS

De acordo com a Lei n. 8.884/1994, constituem infrações da ordem econômica, ou condutas anticoncorrenciais, os atos que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos: (i) limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; ou (iv) exercer de forma abusiva posição dominante⁷.

Entre as condutas anticoncorrenciais mais comuns estão: a formação de cartéis (acordos entre concorrentes para atingir um dos efeitos acima mencionados); a cobrança de preços predatórios (preços abaixo do custo variável médio, visando a eliminar concorrentes); o acordo de exclusividade; e a venda casada.

Nos termos da Lei n. 8.884/1994, as investigações relacionadas à apuração inicial de ocorrência de infrações da ordem econômica são feitas com a instauração de uma averiguação preliminar⁸. Verificados indícios da existência de infração da ordem econômica, inclusive após a apresentação dos esclarecimentos por parte dos investigados, o Secretário de Direito Econômico instaura processo administrativo⁹. Nesta oportunidade, o investigado pode apresentar sua defesa¹⁰.

Tanto em averiguação preliminar quanto em processo administrativo, a SDE é dotada de vários poderes de instrução¹¹. Dos procedimentos de investigação, também participa a SEAE, muitas vezes com o papel de líder

⁷ Paula A. Forgioni (2005, pp. 147/149) aponta que o sistema brasileiro é uma evolução em relação aos sistemas estadunidense e europeu: "Já o sistema da lei brasileira é um sistema híbrido, que aproveita o europeu no que tange à caracterização do ilícito pelo objeto ou efeito, mas supera tanto esta tradição quanto aquela norte-americana no que tange à tipificação dos atos. / Tomando como ponto cardeal o objeto ou efeito da prática analisada, o art. 20 da Lei n. 8.884, de 1994, refere-se aos 'atos, sob qualquer forma manifestados', englobando, a um só tempo, os acordos e as concentrações entre empresas, o domínio de mercado e o abuso de posição dominante. / Para que seja considerado contrário à ordem econômica, basta que o ato determine a incidência do art. 20 (...)".

⁸ Artigo 30 da Lei n. 8.884/1994.

⁹ Artigo 31 da Lei n. 8.884/1994. Vale notar que é possível a instauração de processo administrativo sem prévia averiguação preliminar, quando os indícios de infração da ordem econômica forem suficientes *ab initio*.

¹⁰ Artigo 33 da Lei n. 8.884/1994.

¹¹ Artigo 4º da Portaria SDE n. 4, de 05.01.2006.

na condução dos procedimentos. Ao final da investigação desenvolvida pela SDE, com o apoio e/ou liderança da SEAE, os autos do processo administrativo ou da averiguação preliminar são encaminhados para o CADE, para confirmação do arquivamento da investigação, quando a conduta ilegal não é configurada, ou para imposição de penas contra o agente tido como infrator da ordem econômica.

Interessante notar que, no julgamento do Recurso Especial n. 677.585-RS¹², interposto pela Associação Nacional de Transportadores de Veículos, a Primeira Turma do STJ entendeu que “a atuação paralela das entidades administrativas do setor (CADE e SDE), não inibe a intervenção do Judiciário *in casu*, por força do princípio da inafastabilidade, segundo o qual nenhuma ameaça ou lesão a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário”.

Naquele caso, discutia-se a legalidade do ajuizamento de ação civil pública por parte do Ministério Público Federal antes da conclusão do processo administrativo que já havia sido iniciado perante a SDE, para apuração de cartel no transporte de veículos novos. No julgamento da Primeira Turma do STJ, ficou decidido que “inexiste violação ao princípio do *ne bis in idem*, tendo em vista a possibilidade de instauração concomitante de ação civil pública e de processo administrativo, *in casu*, perante a SDE - Secretaria de Desenvolvimento Econômico (*sic*) do Ministério da Justiça, para investigação e punição de um mesmo fato, porquanto as esferas de responsabilização civil, penal e administrativa são independentes.”

Trata-se, sem dúvida, de importante precedente, porque havia e ainda há discussão a respeito da conveniência de o Ministério Público aguardar o término do processo administrativo, para só então, e se for o caso, ajuizar ação civil pública contra empresas suspeitas de condutas anticoncorrenciais. O acórdão da Primeira Turma do STJ, ainda que questionável do ponto de vista de eficiência do sistema de defesa da concorrência como um todo¹³, reforça a legitimidade de integrantes do

¹² Recurso Especial n. 677.585-RS. Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 13.12.2005.

¹³ Maria Izabel Andrade Lima Cardozo (2005, p. 82) aponta que, apesar de inevitavelmente a decisão do CADE estar sujeita ao crivo do Poder Judiciário, deve-se ter cuidado com as decisões tomadas pelo último. Nesse sentido: “Certamente o que se espera é que a experiência do Judiciário, como órgão vinculante, pacificador de conflitos e intérprete último do Direito, venha a contribuir para o aperfeiçoamento das



Ministério Público no que tange ao ajuizamento de ações civis públicas a despeito da instauração de processos administrativos relacionados à punição de infrações da ordem econômica idênticas.

(i) inspeção na sede de empresas investigadas

Durante a investigação, o Secretário de Direito Econômico ou o Secretário de Acompanhamento Econômico podem autorizar a realização de inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada. A Lei n. 8.884/1994¹⁴ estabelece que esse tipo de investigação só pode ocorrer (i) entre 6 e 18 horas; (ii) mediante despacho fundamentado dos titulares da SDE ou da SEAE; e (iii) mediante notificação prévia de pelo menos 24 horas à empresa investigada.

Preenchidos esses requisitos, de acordo com o que dispõe a Lei n. 8.884/1994, os técnicos da SDE ou da SEAE poderão inspecionar estoques, objetos, “papéis de qualquer natureza”, assim como livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos. A Lei n. 8.884/1994 também prevê a possibilidade de os inspetores extraírem ou requisitarem cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos. SEAE e SDE não têm, portanto, nos termos da Lei n. 8.884/1994, necessidade de aguardar por documentos e esclarecimentos a serem prestados pelos investigados.

A inspeção *in loco* tem clara inspiração na atuação da Direção Geral IV, da Comissão Européia, que desenvolve investigações nas sedes das empresas européias com o apoio das autoridades nacionais de defesa da concorrência. As inspeções em empresas européias ocorrem com base na ordem exarada pela Comissão Européia, que é responsável por indicar o objeto da investigação e o tipo de documento a ser examinado.

Muito embora a Lei n. 8.884/1994 contenha dispositivos que indicam a idéia do legislador de garantir amplos poderes aos órgãos do

decisões proferidas pelo CADE, sempre no interesse de se alcançar a solução que melhor satisfaça a finalidade inspiradora da lei. / Para tanto, é evidente que os Juízes deverão se conscientizar de que suas decisões serão capazes de produzir efeitos não somente entre as partes em litígio, como também em relação a terceiros que com eles se relacionem (...) Queremos dizer, em outras palavras, que os Juízes, ao apreciarem questões concorrenciais, devem ao menos buscar entender as consequências econômicas e os custos sociais que poderão advir de suas decisões, as quais inevitavelmente tendem a interferir em diversas esferas de interesses, muito além daquelas que deram origem ao litígio.”

¹⁴ Artigo 35, § 2º da Lei n. 8.884/1994.

SBDC visando à repressão efetiva das infrações da ordem econômica, é questionável a possibilidade de inspeção na sede da empresa investigada em “papéis de qualquer natureza”, como prevê a Lei n. 8.884/1994, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 estabelece que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados”¹⁵. Assim, a inspeção *in loco* deve ocorrer somente com relação àqueles documentos previamente especificados no despacho fundamentado do Secretário de Direito Econômico ou do Secretário de Acompanhamento Econômico, que devem excluir do objeto da inspeção todo e qualquer documento protegido por sigilo.

Note-se, ainda a respeito da inspeção na sede da empresa, que os inspetores não estão autorizados a retirar documentos ou qualquer equipamento da sede da empresa, não só em função dos termos da Lei n. 8.884/1994, que prevê apenas a possibilidade de extração de cópias de documentos, mas principalmente porque a Constituição Federal dispõe que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal¹⁶.

(ii) busca e apreensão de documentos na sede de empresas investigadas

A Lei n. 8.884/1994¹⁷ também dispõe sobre a possibilidade de os titulares da SEAE e da SDE requererem, ao Poder Judiciário, via Advocacia-Geral da União, a busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física.

No julgamento da Medida Cautelar n. 12.748-SP¹⁸, a Segunda Turma do STJ enfrentou as peculiaridades de uma busca e apreensão em casos de infrações da ordem econômica, tendo em vista as especificidades da Lei n. 8.884/1994.

¹⁵ Artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988.

¹⁶ Artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988.

¹⁷ Artigo 35-A da Lei n. 8.884/1994.

¹⁸ Medida Cautelar n. 12.748-SP. Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03.05.2007, DJ 17.05.2007. Confira-se a ementa:

“Processo Civil e Administrativo. Medida cautelar. Efeito suspensivo à decisão do TRF da 3ª Região. Dano irreparável. Manutenção do *status quo*. 1. Excepcionalidade da situação pela inexistência de recurso especial pendente. 2. Providências procedimentais não solucionadas na instância *a quo*. 3. Urgência por dano irreparável que enseja a concessão excepcional da cautelar, para manutenção do *status quo*. 4. Busca e apreensão de documentos para instruir processo administrativo do CADE, em combate a cartel, com disciplina específica (Lei n. 8.884/1994). 5. Ilegalidade quanto à decisão que, desprezando a lei específica, firma-se em regra do CPC. 6. Medida liminar concedida.”



Procurando usar os poderes previstos em tal diploma, a SDE realizou uma busca e apreensão nas dependências da empresa Siemens, para apurar formação de cartel no mercado de equipamentos para subestações de distribuição de energia elétrica. Contudo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) entendeu que haviam sido incorretos os procedimentos adotados pela SDE.

No STJ, via referida medida cautelar, foi buscada a concessão de liminar para que fosse dado efeito suspensivo ao acórdão do TJSP, que apontava que a busca e apreensão é uma medida extraordinária, não podendo ser utilizada de forma ampla, nos termos do Código de Processo Civil.

A Segunda Turma do STJ, por maioria, concedeu a liminar requerida, por entender, em exame preliminar, que a Lei n. 8.884/1994 permite a busca e apreensão ampla, conforme realizada pela SDE no caso em tela. De acordo com a Ministra Eliana Calmon, “verifica-se, pelo teor dos diversos artigos da lei mencionada [Lei n. 8.884/1994], especialmente o capítulo que trata da instauração e instrução do procedimento, que são dados à administração amplos poderes no sentido de examinar estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos, sendo de abrangência, dentro de uma largueza que se incompatibiliza com regra similar constante do CPC, o qual exige no art. 841, dispositivo que determina sejam descritas as coisas procuradas.”

Trata-se, portanto, de importante acórdão do STJ em relação à interpretação de dispositivos da Lei n. 8.884/1994, tendo em vista que ampara medidas da SDE que têm sido cada vez mais utilizadas na repressão principalmente à formação de cartéis em vários segmentos da economia¹⁹.

¹⁹ Gesner Oliveira e João Grandino Rodas (2004, p. 44), ao analisarem a investigação e combate aos cartéis, apontam que: “A exemplo da maioria dos países em desenvolvimento, o Brasil não tem tradição em obediência às regras de mercado e, em particular, de combate aos cartéis. (...) Com a abertura e a estabilização da inflação em números civilizados nos anos noventa, a represessão ao abuso do poder de mercado se tornou possível, ainda que incipiente. O número de decisões aumentou sob a atual Lei n. 8.884/1994 e tende a aumentar nos próximos anos.”

III. PODER DE APLICAÇÃO DE MULTAS E A DISCUSSÃO JUDICIAL QUANTO ÀS PENALIDADES APLICADAS

Além das multas por infração da ordem econômica²⁰, a Lei n. 8.884/1994²¹ autoriza a aplicação da mesma penalidade pela não prestação das informações ou apresentação de documentos solicitados por SDE, SEAE ou CADE. A fim de atingir as matrizes de empresas estrangeiras atuando no Brasil, a Lei n. 8.884/1994²² estabelece que a filial, sucursal, escritório ou estabelecimento de tais empresas, no País, responderão solidariamente pelo pagamento das multas aplicadas. A Lei n. 8.884/1994²³ também determina a aplicação de multa no caso de recusa injustificada para prestar esclarecimentos orais solicitados pelas autoridades, bem como àquele que impedir, obstruir ou dificultar a realização das inspeções por parte dos representantes da SEAE e SDE.

Muitas empresas e pessoas físicas multadas pelo CADE desde a promulgação da Lei n. 8.884/1994 já recorreram ao Poder Judiciário. Questiona-se, normalmente, (i) os procedimentos adotados durante a investigação e o julgamento e (ii) o alegado abuso de poder por parte dos órgãos do SBDC.

No questionamento judicial a respeito da legalidade dos atos administrativos de tais autoridades, muito já se discutiu sobre a aplicação do dispositivo da Lei n. 8.884/1994 que diz que “o oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias.”²⁴ O STJ já se manifestou no sentido de confirmar a legalidade da imposição de garantia do juízo para que uma decisão do CADE possa ser discutida perante o Poder Judiciário.

²⁰ Artigos 23 e 24 da Lei n. 8.884/1994.

²¹ Artigo 26 da Lei n. 8.884/1994.

²² Artigo 26, § 4º da Lei n. 8.884/1994.

²³ Artigo 26, §§ 5º e 6º da Lei n. 8.884/1994.

²⁴ Artigo 65 da Lei n. 8.884/1994.



No Recurso Especial n. 590.960-DF²⁵, por exemplo, a Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico buscou a reforma de acórdão que determinara a prestação de garantia do juízo do valor referente às multas diárias decorrentes do não cumprimento da obrigação imposta pelo CADE (de exclusão de cláusula de exclusividade de atuação de médicos associados).

Neste caso, a Primeira Turma do STJ confirmou que a Lei n. 8.884/1994 “dispõe inequivocamente que as decisões plenárias do CADE, quer impondo multas, quer estabelecendo obrigações de fazer ou de não fazer, constituem título executivo extrajudicial.” Assim, “qualquer ação que vise à desconstituição da decisão plenária do CADE, não suspenderá a sua execução, ainda que referente às multas diárias, sem que haja a garantia do juízo.” E foi além. Restou consignado no acórdão inclusive que não havia incompatibilidade entre a exigência de garantia de juízo e os dispositivos da Constituição Federal que tratam do acesso ao Poder Judiciário²⁶, com o que não concordamos.

Já no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 859.307-DF²⁷, em que era recorrente a Unimed Ribeirão Preto Cooperativa de Trabalho Médico, a Segunda Turma do STJ também entendeu que “a) decisão plenária do CADE tem força de título executivo extrajudicial, que somente poderá ser desconstituído após a garantia do juízo; b) os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, veracidade e de legalidade, não sendo possível seu eventual afastamento por medida liminar, com flagrante ofensa ao princípio do devido processo legal, a não ser diante de evidências concretas e unívocas”.

Tais precedentes obviamente vêm sendo usados pelo CADE na defesa de suas decisões perante o Poder Judiciário.

²⁵ Recurso Especial n. 590.960-DF. Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 26.10.2004, DJ 21.03.2005.

²⁶ Notadamente o artigo 5º, incisos XXXV, XXXIV e LV.

²⁷ AgRg no Agravo de Instrumento n. 859.307-DF. Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12.02.2008, DJ 25.02.2008.

IV. PODER DO CADE NO JULGAMENTO DE CONDUTAS EMPRESARIAS CONSIDERADAS POTENCIALMENTE DELETÉRIAS

Em razão da interdisciplinaridade dos conceitos considerados para a apreciação das matérias que lhe são pertinentes, a Lei n. 8.884/1994²⁸ prevê que o CADE é formado por um Presidente e seis Conselheiros, todos com mandatos de dois anos renováveis por uma vez, “escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.” As decisões do Plenário do CADE são adotadas por maioria e delas não cabe recurso no âmbito do Poder Executivo, apesar de a autarquia ser vinculada ao Ministério da Justiça²⁹.

Entendendo que uma decisão proferida pelo Plenário do CADE estava incorreta, o Ministério Público Federal decidiu interpor recurso administrativo ao Ministro da Justiça. Ao ter seu recurso administrativo arquivado sumariamente pelo Ministro da Justiça, o Ministério Público Federal impetrou o Mandado de Segurança n. 10.138-DF³⁰ visando a ter seu recurso analisado. Ao examinar o pleito, a Primeira Seção do STJ decidiu, à unanimidade, que, por expressa determinação da Lei n. 8.884/1994, não cabe recurso administrativo da decisão do CADE. Assim, o STJ confirmou que as decisões do CADE são finais no âmbito do Poder Executivo, servindo para afastar, acreditamos, maiores discussões a respeito do tema.

Ainda no que tange aos procedimentos adotados pelo CADE para a análise das questões que lhe são submetidas por força da Lei n. 8.884/1994, o STJ teve a oportunidade de examinar a possibilidade de o Presidente do Conselho proferir voto de qualidade, ou de minerva, em julgamentos cuja votação pelos demais membros do Plenário reste empatada. Observe-se que a Lei n. 8.884/1994 determina que compete ao Presidente do CADE “presidir, com direito a voto, inclusive o de qualidade, as reuniões do Plenário”³¹.

²⁸ Artigo 4º da Lei n. 8.884/1994.

²⁹ Artigo 3º da Lei n. 8.884/1994.

³⁰ Mandado de Segurança n. 10.138-DF. Relatora Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 09.11.2005, DJ 28.11.2005.

³¹ Artigo 8º, II, da Lei n. 8.884/1994.

A questão do chamado voto de minerva pelo Presidente do CADE foi largamente discutida pelo STJ no Recurso Especial n. 966.930-DF³², interposto pela Companhia Vale do Rio Doce. Ao examinar o Recurso Especial, a Primeira Turma do STJ fez consignar que “[a] Lei n. 8.884/1994, ao disciplinar os processos administrativos do CADE, outorga ao presidente do órgão o dever de participar como votante, ao tempo em que também lhe atribui voto de qualidade, em caso de empate.”

Na oportunidade, a Ministra Eliana Calmon esclareceu que “[a] celeuma em torno da interpretação que se dá ao dispositivo é de absoluta desnecessidade, na medida em que sabemos ser possível a duplicidade de votos quando a lei assim permite, embora constitua-se como regra o só voto do presidente de um colegiado como voto de desempate, conclusão a que se chega quando assim está explicitado ou no silêncio da legislação.” No mesmo sentido, o Ministro João Otávio Noronha registrou que “[s]em o voto de qualidade, o julgamento teria de ser renovado. E, se a opção fosse pela renovação, então o voto de qualidade poderia ser tido como complemento inútil, e a letra da lei conteria uma previsão inútil.”

V. TITULARIDADE DO PODER DE APLICAÇÃO DA LEI N. 8.884/1994

Durante o período de vigência da Lei n. 8.884/1994, o STJ também teve a oportunidade de examinar a competência dos órgãos para aplicar os dispositivos da Lei n. 8.884/1994. Como se sabe, algumas das condutas anticoncorrenciais previstas na Lei n. 8.884/1994 podem de certo modo ser confundidas com infrações previstas em outros dispositivos legais, o que resulta, algumas vezes, na discussão sobre quais órgãos devem ser responsáveis pela aplicação da Lei n. 8.884/1994.

É de se reconhecer que os conceitos trazidos na Lei n. 8.884/1994 e em outros diplomas legais, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.09.1990) ou a Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279, de 14.05.1996), por vezes se sobrepõem e até se confundem. De fato,

³² Mandado de Segurança n. 966.930-DF. Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 28.08.2007, DJ 12.09.2007.

conforme indica FORGIONI³³ “a confusão muitas vezes se justificaria, considerando-se que os bens jurídicos tutelados mediatamente por uma lei são protegidos de forma direta e imediata por outra, não sendo difícil que se percam os contornos de uma nítida individualização.”

No julgamento do Recurso Especial n. 938.607-SP³⁴, a Primeira Turma do STJ entendeu que o PROCON teria competência para aplicar penalidades com fundamento na Lei n. 8.884/1994 desde que se comprove que a infração sob apreciação tenha causado prejuízos aos consumidores nos termos do Código de Defesa do Consumidor. O Recurso Especial em questão dizia respeito à imposição de penalidade pelo PROCON do Município de Campinas-SP em função da alegada prática de *dumping*³⁵.

Ao apreciar o referido Recurso Especial, o Ministro Francisco Falcão destacou que “ainda que num primeiro momento possa se entender pela inexistência de eventual afronta a direito do consumidor na hipótese, o fato é que não há como se afastar a legitimidade do PROCON para atuar como fez (...)”. Na verdade, para justificar a competência do PROCON, o Ministro Francisco Falcão disse que “[o] artigo 7º, do Código de Defesa do Consumidor contém ditame no sentido de que outros direitos, decorrentes de legislações outras, não são excluídos em decorrência daqueles nele previstos, abrindo a possibilidade de atuação do PROCON em casos como o que ora se apresenta”.³⁶

O próprio CADE insurgiu-se contra tal acórdão do STJ, tendo em vista a necessidade de manutenção da sua competência em

³³ Paula A. Forgioni (2005, pp. 284 e ss.).

³⁴ Recurso Especial n. 938.607-SP. Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 04.09.2007, DJ 08.10.2007.

³⁵ *Dumping*, pela definição oficial da Organização Mundial de Comércio, e nos termos do artigo 4º do Decreto n. 1.602, de 23.08.1995, ocorre quando há “introdução de um bem no mercado doméstico, inclusive sob as modalidades de *drawback*, a preço de exportação inferior ao valor normal”. A Lei n. 8.884/1994 trata, na verdade, de preço predatório --- que é a prática injustificada de venda de mercadorias abaixo de seu preço de custo (artigo 21, inciso XVIII) variável médio. O preço predatório se diferencia do *dumping*, na medida em que o *dumping* é prática de comércio em âmbito internacional e os elementos de comparação para sua constatação são os preços praticados pela empresa em seu país de origem e os preços praticados pela empresa no país importador, reduzidos à mesma base.

³⁶ Até 19.12.2008, a matéria ainda se encontrava em discussão no STJ, no Agravo Regimental em Embargos de Divergência.



função principalmente da complexidade da análise das práticas anticoncorrenciais.³⁷

A usurpação dos poderes dos órgãos do SBDC, por órgãos que não estejam diretamente envolvidos ou capacitados à apreciação de infrações da ordem econômica, como o PROCON, traz riscos significativos aos administrados. Espera-se assim que, ao concluir a análise da matéria, o STJ perceba tais riscos e reconheça a competência exclusiva do CADE para aplicar penalidades relacionadas às condutas anticoncorrenciais previstas na Lei n. 8.884/1994.

VI. CONCLUSÃO

Como se percebe da análise das questões apontadas acima, o STJ teve e tem papel fundamental na interpretação de conceitos e parâmetros para o desenvolvimento das atividades dos órgãos que compõem o SBDC. A atuação do STJ confirma, ou reforma, os posicionamentos adotados por tais órgãos e traz legitimidade para a aplicação da Lei n. 8.884/1994.

O esforço das autoridades do SBDC de estabelecer mecanismos para a repressão efetiva contra as infrações da ordem econômica é extremamente válido e deve ser reconhecido. Contudo, é preciso que se observe os ditames constitucionais e legais, para que abusos de poder não sejam cometidos e os infratores da ordem econômica sejam efetivamente punidos.

O incremento dos poderes de investigação dos órgãos integrantes do SBDC e a ampliação e maior efetividade de sua atuação tendem a gerar cada vez mais a apreciação de questões referentes à Lei n. 8.884/1994 pelo Poder Judiciário. Os posicionamentos adotados pelo STJ são essenciais para a tão almejada segurança jurídica.

³⁷ O CADE manifestou-se nos autos do Recurso Especial n. 938.607-SP, após a apresentação de recurso da parte. Sobre a complexidade pertinente à investigação da prática de preços predatórios, diz Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo (2008, p. 554): “A conduta de preços predatórios é talvez a mais complicada de se comprovar e, por esse motivo, os órgãos de defesa da concorrência necessitam ter um cuidado adicional em sua análise. Punir uma determinada empresa por tal conduta de forma equivocada é dar um prêmio negativo, desestimulando o aperfeiçoamento do ambiente competitivo. (...) Por isso, é fundamental que as características estruturais do mercado sejam analisadas para averiguar se há racionalidade para a prática de preços predatórios. Só após essa análise indicar a possibilidade de implementá-la de forma lucrativa é que se devem comparar preços e custos. Deve ficar claro que a consideração dos aspectos estruturais é importante para não se punir uma ação competitiva de uma determinada empresa, de forma a mostrar que a ocupação dos órgãos antitruste deve ser com a concorrência e não com um ou outro concorrente em específico.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CARDOZO, Maria Izabel. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional no Direito da Concorrência*. Dissertação de Mestrado. *Mimeo*. Rio de Janeiro: PUC – Departamento de Direito, 2005.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Jopert. *Advocacia da concorrência e a remoção de regulações anticompetitivas: o caso Denatran*. In: MATTOS, César (org.). *A Revolução do Antitruste no Brasil 2*. São Paulo: Editora Singular, 2008.

_____. SILVA, Ruttely Marques da. “Viaje por R\$ 50,00”: *Promoção ou preço predatório?*. In: MATTOS, César (org.). *A Revolução do Antitruste no Brasil 2*. São Paulo: Editora Singular, 2008.

ENDEREÇOS ELETRÔNICOS:

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?53d354dc23e122380848>. Acesso em 17.12.2008.

**O USO DE ALGEMAS E A DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA**

Marco Aurélio Mello

*Ministro do Supremo Tribunal Federal
Membro do Instituto Metropolitano de Altos Estudos - IMAE*



O USO DE ALGEMAS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Marco Aurélio Mello

Um dos mais polêmicos temas levados à apreciação do Supremo nos últimos anos foi objeto de análise no *Habeas Corpus* n. 91.952-9-SP. Competia à Corte resolver controvérsia de maior envergadura – a possibilidade de se manter algemado acusado durante julgamento perante o Tribunal do Júri, sem elemento concreto a justificar a excepcional medida.

Atuando como relator, proferi voto na sessão plenária de 7 de agosto de 2008, tendo sido seguido, à unanimidade, pelos demais integrantes do Colegiado. Abaixo faço uma síntese da argumentação desenvolvida.

Iniciei a abordagem da matéria consignando não requerer o julgamento perante o júri a custódia preventiva do acusado – inciso LVII do artigo 5º da Lei Maior. Registrei não ser atualmente sequer necessária a presença do acusado – Lei n. 11.689/2008, alteração do artigo 474 do Código de Processo Penal. Diante disso, indaguei se surgiria harmônico com a Constituição manter o acusado, no recinto, com algemas. A resposta mostrava-se iniludivelmente negativa.

Em primeiro lugar, ressaltai a necessidade de se levar em conta o princípio da não-culpabilidade. Era certo que fora submetida ao veredicto dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia o tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito. Segundo o artigo 1º da Carta Federal, a própria República tem como fundamento a dignidade

da pessoa humana. Da leitura do rol das garantias constitucionais artigo 5º –, depreende-se a preocupação em resguardar a figura do preso. A ele é assegurado o respeito à integridade física e moral – inciso XLIX. Versa o inciso LXI, como regra, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Além disso, existe a previsão de que a custódia de qualquer pessoa e o local onde se encontre não de ser comunicados imediatamente ao juiz competente, à família ou a pessoa por ele indicada – inciso LXII. Também deve o preso ser informado dos respectivos direitos, entre os quais o de permanecer calado, ficando-lhe assegurada a assistência da família e de advogado – inciso LXIII. O inciso LXIV revela que o preso tem direito à identificação dos responsáveis pela prisão ou interrogatório policial. Mais ainda, a prisão ilegal há de ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária inciso LXV – e ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança – inciso LXVI.

Sob o ângulo do cumprimento da pena, impõe-se a separação em estabelecimentos prisionais considerada a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado – inciso XLVIII.

Prosseguí destacando que esses preceitos – a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país – repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade. Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. O julgamento no Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados sugestionados.

Ressaltei que o tema não era novo. Na apreciação do *Habeas Corpus* n. 71.195-2-SP, relatado pelo ministro Francisco Rezek, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 4 de agosto de 1995, a Segunda Turma assentou que a utilização de algemas em sessão de julgamento somente



se justifica quando não exista outro meio menos gravoso para alcançar o objeto visado:

Habeas corpus. Concurso material de crimes. Protesto por novo júri. Pena inferior a vinte anos. Utilização de algemas no julgamento. Medida justificada.

(...)

II - O uso de algemas durante o julgamento não constitui constrangimento ilegal se essencial à ordem dos trabalhos e à segurança dos presentes.

Habeas corpus indeferido.

Assim também decidiu a Primeira Turma do Supremo no *Habeas Corpus* n. 89.429-1-RO, relatora ministra Cármen Lúcia, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de fevereiro de 2007. Assentou o Colegiado:

(...) o uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo.

No Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso de *Habeas Corpus* n. 5.663, do qual foi relator o ministro William Patterson, acórdão publicado no Diário da Justiça de 23 de setembro de 1996, outro não foi o entendimento, como se constata da seguinte ementa:

Penal. Réu. Uso de algemas. Avaliação da necessidade.

- A imposição do uso de algemas ao réu, por constituir afetação aos princípios de respeito à integridade física e moral do cidadão, deve ser aferida de modo cauteloso e diante de elementos concretos que demonstrem a periculosidade do acusado.

- Recurso provido.

Desse julgamento, sem voto discrepante, participaram os ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Anselmo Santiago.

Salientei ainda que, de modo enfático, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 74.542-3, relator desembargador Renato Talli, acórdão publicado na Revista dos Tribunais n. 643/285, estabeleceu que “algema não é argumento e, se for utilizada sem necessidade, pode levar à invalidação da sessão de julgamento”.

Consignei remontar essa postura ao tempo do Império. Dom Pedro, quando ainda Príncipe Regente, em Decreto de 23 de maio de 1821, ordenou:

(...) que em caso nenhum possa alguém ser lançado em segredo, em masmorra estreita, escura ou infecta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para as adoecer e flagelar; ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas, grilhões e outros quaisquer ferros, inventados para martirizar homens, ainda não julgados, a sofrer qualquer pena aflitiva, por sentença final; entendendo-se, todavia, que os Juizes e Magistrados Criminais poderão conservar por algum tempo, em casos gravíssimos, incomunicáveis os delinquentes, contanto que seja em casas arejadas e cômodas e nunca manietados ou sofrendo qualquer espécie de tormento. (Em “Coleção das Leis do Brasil de 1821”, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1889, Parte II, pp. 88 e 89).

O Código de Processo Criminal do Império – de 29 de novembro de 1832 –, no capítulo “Da Ordem de Prisão”, dispunha, no artigo 180, que, “se o réu não obedecer e procurar evadir-se, o executor tem direito de empregar o grau da força necessária para efetuar a prisão, se obedecer porém, o uso da força é proibido”. A Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, reformou o Código de Processo Criminal, mas manteve a mencionada norma.

Nova reestruturação do processo penal brasileiro somente ocorreu trinta anos depois, com a Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto n. 4.824, de 22 de novembro do mesmo



ano. O artigo 28 deste último preceituava que o preso não seria “conduzido com ferros, algemas ou cordas, salvo o caso extremo de segurança, que deverá ser justificado pelo condutor; e quando o não justifique, além das penas em que incorrer, será multado na quantia de dez a cinquenta mil réis, pela autoridade a quem for apresentado o mesmo preso”.

A Constituição de 1891 conferiu às unidades federativas a competência para legislar sobre matéria processual penal. Algumas exerceram a competência legislativa, enquanto outras se limitaram a adotar a legislação do Império. O artigo 28 do referido decreto regulamentar, então, acabou repetido em várias leis.

Com a Carta da República de 16 de julho de 1934, foi restabelecida a competência privativa da União para legislar sobre direito penal. Em 15 de agosto de 1935, sendo Ministro da Justiça e Negócios Interiores Vicente Ráo, foi apresentado o Projeto de Código de Processo Penal, cujo artigo 32 vedava “o uso de força ou o emprego de algemas, ou de meios análogos, salvo se o preso resistir ou procurar evadir-se”. O projeto não vingou, em virtude da Constituição promulgada com o Golpe de Estado de 1937 (em José Frederico Marques, “Tratado de Direito Processual Penal”, São Paulo, Saraiva, 1980, v. I, § 83, p. 123).

O novo Código somente veio à balha em 3 de outubro de 1941, passando a vigor desde então o artigo 284 – “Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso” –, que, embora não se refira expressamente ao uso de algemas, sinaliza as situações de fato extremas em que poderão ser utilizadas. É o que se constata, ainda, no artigo 292 dele constante, a revelar que, se houver, mesmo que por parte de terceiros, “resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas”.

Na Lei de Execução Penal – n. 7.210/1984 –, bem se revelou o caráter excepcional da utilização de algemas, instando-se o Poder Executivo à regulamentação – artigo 159. Se, quanto àquele que deve cumprir pena ante a culpa formada, o uso de algemas surge no campo da exceção, o que se dirá em relação a quem goza do benefício de não

ter a culpa presumida, ao simplesmente conduzido, indiciado ou mesmo acusado que responda a processo-crime?

Até mesmo na área penal militar, a utilização de algema é tida como excepcional. Consta do artigo 234 do Código de Processo Penal Militar:

O emprego de força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor. De tudo se lavrará auto subscrito pelo executor e por duas testemunhas.

O § 1º do citado artigo, harmônico com a Carta de 1988, revela especificamente que:

O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242.

O artigo 242 prevê que:

Art. 242 – Serão recolhidos a quartel ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão, antes de condenação irrecorrível:

- a) os ministros de Estado;
- b) os governadores ou interventores de Estados, ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários e chefes de Polícia;
- c) os membros do Congresso Nacional, dos Conselhos da União e das Assembléias Legislativas dos Estados;
- d) os cidadãos inscritos no Livro de Mérito das ordens militares ou civis reconhecidas em lei;
- e) os magistrados;
- f) os oficiais das Forças Armadas, das Polícias e dos Corpos de Bombeiros, Militares, inclusive os da reserva, remunerada ou não, e os reformados;
- g) os oficiais da Marinha Mercante Nacional;



- h) os diplomados por faculdade ou instituto superior de ensino nacional;
- i) os ministros do Tribunal de Contas;
- j) os ministros de confissão religiosa.

Prossegui destacando que, se fica excluída a utilização da algema seja qual for o quadro, quanto a essas pessoas, o que se dirá no tocante àquele que, vindo sob a custódia do Estado há algum tempo, já se encontra fragilizado e comparece ao tribunal para ser julgado?

Valia registrar, ainda, estabelecer o item 3 das regras da Organização das Nações Unidas para tratamento de prisioneiros que o emprego de algemas jamais poderá se dar como medida de punição. Isso indica, à semelhança do que antes previsto no artigo 180 do Código de Processo Criminal do Império, que o uso desse instrumento é excepcional e somente pode ocorrer nos casos em que realmente se mostre indispensável para impedir ou evitar a fuga do preso ou quando se cuidar comprovadamente de perigoso prisioneiro.

A ausência de norma expressa prevendo a retirada das algemas durante o julgamento não conduz à possibilidade de manter o acusado em estado de submissão ímpar, incapaz de movimentar os braços e as mãos, em situação a revelá-lo não um ser humano que pode haver claudicado na arte de proceder em sociedade, mas uma verdadeira fera.

Não bastasse a clareza vernacular do artigo 284, a afastar o emprego de força, tomada esta no sentido abrangente – ante abusos de toda sorte, vendo-se, nos veículos de comunicação, algemadas pessoas sem o menor traço agressivo, até mesmo outrora detentoras de cargos da maior importância na República, em verdadeira imposição de castigo humilhante, vexaminoso –, veio à balha norma simplesmente interpretativa, e, portanto, pedagógica, específica quanto à postura a ser adotada em relação ao acusado na sessão de julgamento pelos populares, pelos iguais, alfim, pelo Júri. A recente Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, ao implementar nova redação ao artigo 474 do Código de Processo Penal, tornou estreme de dúvidas a excepcionalidade do uso de algemas.

Eis o preceito:

Artigo 474 (...)

(...)

§ 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

Era hora de o Supremo emitir entendimento sobre a matéria, inibindo uma série de abusos notados na atual quadra, tornando clara, até mesmo, a concretude da lei reguladora do instituto do abuso de autoridade, considerado o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, para a qual os olhos em geral têm permanecido cerrados. A Lei em comento – n. 4.898/1965, editada em pleno regime de exceção –, no artigo 4º, enquadra como abuso de autoridade cercear a liberdade individual sem as formalidades legais ou com abuso de poder – alínea **a** – e submeter pessoa sob guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado por lei – alínea **b**.

No caso concreto, sem que houvesse uma justificativa socialmente aceitável para submeter um simples acusado a humilhação de permanecer durante horas e horas com algemas, na oportunidade do julgamento, concluiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que a postura adotada pela Presidente do Tribunal do Júri, de não determinar a retirada das algemas, fez-se consentânea com a ordem jurídico-constitucional. Proclamou a Corte que “a utilização das algemas durante o julgamento não se mostrou arbitrária ou desnecessária e, por conseguinte, não vinga a nulidade argüida”, aludindo, no entanto, a precedente da Segunda Turma do Supremo que vincula a permanência do preso algemado à necessidade de manutenção da ordem dos trabalhos e de garantia da segurança dos presentes.

Frisei que, abertos os trabalhos do Júri – o acusado já estava preso há um ano e meio –, o defensor, Dr. Walter Antônio Dias Duarte, pediu a palavra e assim se manifestou:

MM. Juíza: Hão (com a correção vernacular) que ser retiradas as algemas do acusado para que algemado não influencie indevidamente o ânimo dos senhores jurados. Se necessário for a



defesa apontará a Vossa Excelência as correspondentes folhas dos autos onde o meritíssimo Juiz de então cancelou dois dos motivos que autorizavam a decretação da preventiva, vez que a garantia da ordem pública e a conveniência da instrução criminal não mais integravam o rol dos motivos que autorizam a decretação desta custódia (fl. 115). Se, como precedente jurisprudencial e julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que tem por ementa: “Írrito o julgamento do Júri se o réu permaneceu algemado durante o desenrolar dos trabalhos sob a alegação de ser perigoso, eis que tal circunstância interfere no espírito julgador e, conseqüentemente, no resultado do julgamento, constituindo constrangimento ilegal que dá causa a nulidade”.(RT. 643/285) – confrimam com a ata da sessão realizada, que se encontra às folhas 301 e 302 do apenso, numeração de origem.

O Ministério Público se opôs à retirada das algemas. Afirmou que ficara o réu algemado durante todas as audiências de instrução, reclamando fosse guardada a coerência. Olvidou, com essa óptica, que o erro anterior não justificava a manutenção da violência.

Então, a Juíza deliberou:

Entendo que não constitui constrangimento ilegal o réu permanecer algemado em Plenário, sobretudo porque tal circunstância se faz estritamente necessária para preservação e segurança do bom andamento dos trabalhos, já que a segurança hoje está sendo realizada por apenas dois policiais civis. Assim, indefiro o pleito da defesa, observando ainda, como bem notou a Dra. Promotora de Justiça que o réu permaneceu algemado em todas as audiências ocorridas antes da pronúncia.

Consignei não ter sido apontado, portanto, um único dado concreto, relativo ao perfil do acusado, que estivesse a ditar, em prol da segurança, a permanência com algemas.

Quanto ao fato de apenas dois policiais civis fazerem a segurança no momento, a deficiência da estrutura do Estado não autorizava o desrespeito à dignidade do envolvido. Incumbia sim, inexistente o necessário aparato de segurança, o adiamento da sessão, preservando-se o valor maior, porque inerente ao cidadão.

Concedi a ordem para tornar insubsistente a decisão do Tribunal do Júri. Determinei a realização de outro julgamento, com a manutenção do acusado sem as algemas.

Fui acompanhado, à unanimidade, pelos integrantes do Tribunal. Em seguida, a Corte deliberou pela aprovação do Verbetes Vinculante n. 11 da Súmula, com a seguinte redação:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

**OS EMPREGOS DE CONFIANÇA NAS
EMPRESAS ESTATAIS**

Ilmar Galvão

Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal



OS EMPREGOS DE CONFIANÇA NAS EMPRESAS ESTATAIS

Ilmar Galvão

1. O ESTADO

1.1 – O Estado exerce as atividades que lhe são inerentes de dois modos: ou atuando diretamente, por meio dos órgãos próprios – repartições que compõem sua organização interna pelas quais essas atividades são distribuídas -, ou por intermédio de distintas pessoas, físicas ou jurídicas.

1.2 – Na primeira hipótese, os órgãos agem mediante o concurso de pessoas físicas, qualificadas como agentes públicos, cuja atuação, como tais, é considerada manifestação do próprio Estado.

1.3 – Na segunda, dá-se a descentralização, isto é, a transferência, pelo Estado, do exercício das atividades que lhe são próprias, ou a particulares (por meio de concessão, delegação, requisição etc.) ou a entes por ele criados para esse desempenho, como pessoas de direito público (autarquias e fundações públicas) ou como pessoas de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista), os quais constituem a chamada Administração indireta.

2. OS SERVIDORES PÚBLICOS

2.1 – As pessoas físicas que prestam serviço ao Estado ou às pessoas jurídicas que compõem a Administração indireta são *agentes públicos*

que compreendem, dada a diferença de natureza das competências e atribuições a eles cometidas, os *agentes políticos*, titulares de cargos que compõem a estrutura fundamental do governo, e os *agentes administrativos*, titulares de cargo, emprego ou função pública.

2.2 – No segundo grupo, têm-se os servidores estatais, expressão que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹ “abarca todos aqueles que entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), relação de trabalho de natureza profissional e de caráter não eventual sob vínculo da dependência.”

2.3 – Os servidores estatais compreendem os *servidores públicos* e os *servidores das empresas estatais*. Os servidores públicos integram o aparelho estatal, seja em sua organização direta, seja na estrutura das demais pessoas de direito público (autarquias e fundações públicas); e os servidores das empresas estatais servem às pessoas de direito privado, que são as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

2.4 – Os servidores públicos são de três espécies:

- a) servidores estatutários (ocupantes de cargos criados por lei);
- b) empregados públicos (ocupantes de empregos públicos, também criados por lei, sob o regime da CLT, afetado por preceitos de Direito Público², previstos na Constituição e na Lei n. 9.962/2000);
- c) empregados temporários (admitidos por tempo determinado, para atender a necessidade temporária, de excepcional interesse público, na conformidade do disposto na Lei n. 8.745/2000).

2.5 – O regime estatutário constitui a regra, encontrando-se disciplinado de forma minuciosa na Constituição Federal³, que, entretanto, prevê o emprego permanente para certas atividades⁴ e o temporário para atender a necessidade de excepcional interesse público⁵.

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 19ª edição, ed. Malheiros, *op. cit.*, p. 230.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 262.

³ Constituição Federal, arts. 39/41.

⁴ Constituição Federal, arts. 51, IV; 61, § 1º, II, a; 114.

⁵ Constituição Federal, art. 37, IX.



2.6 – Já os servidores que prestam serviço às empresas estatais o fazem, de ordinário, na condição de empregados, isto é, sob o regime trabalhista que, aliás, é constitucionalmente compulsório para as empresas que exploram atividade econômica (CF, art. 173, § 1º, II).

2.7 – Com efeito, as sociedades de economia mista, como se sabe, ou são prestadoras de serviço público ou exercentes de atividade caracterizável como pertinente à esfera econômica.

3. FUNÇÕES PÚBLICAS AUTÔNOMAS

3.1 – Ao lado dos titulares de cargos e empregos dos entes da Administração, direta e indireta, existem servidores estatais que não ocupam cargo nem emprego, mas apenas *funções públicas* autônomas ou *strictu sensu*, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, que podem ser exercidas por pessoas alheias ao serviço público. Ocupam, esses servidores, nas pessoas jurídicas de direito público, inclusive nas autarquias e fundações públicas, uma parte dos denominados *cargos em comissão*⁶, servindo, nas empresas estatais, como *dirigentes e empregados de confiança*.

3.2 – Antes da atual Constituição Federal, eram de duas modalidades:

- a) de chefia, assessoramento, direção etc., remunerada por meio de um acréscimo ao vencimento ou salário padrão do servidor;
- b) exercida por servidores extranumerários, interinos, temporários, de livre provimento e exoneração.

3.3 – Criava-se a função sem se criar o cargo ou emprego.

3.4 – A Constituição de 1988 estabeleceu, em substituição, na estrutura das pessoas de direito público, o *cargo em comissão* suscetível de ser exercido por não integrante de cargo ou emprego público; e nas empresas estatais, o *emprego de confiança*. São funções de livre provimento e exoneração, não necessariamente exercidas por ocupante de cargo ou emprego permanente, a que se costuma agregar a locução: *de confiança*.

⁶ Constituição Federal, art. 37, V, parte final.

3.5 – A referida Carta trata, indistintamente, a *função pública* e o *emprego remunerado*, de que seja o titular demissível *ad nutum*, no art. 54, I, b e II, b; cuidando de *função pública civil temporária* – expressão que não corresponde senão a cargo em comissão e a emprego de confiança - no art. 142, § 2º, III; e de *funções e empregos de confiança*, no art. 19, § 2º, do ADCT.

3.6 – É ler os textos indicados:

– da *Constituição*:

Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público...;

b) aceitar ou exercer cargo, *função* ou *emprego remunerado*, inclusive os de que sejam demissíveis *ad nutum*, nas entidades constantes da alínea anterior...;

II – desde a posse:

b) ocupar cargo ou *função* de que sejam demissíveis *ad nutum*, nas entidades referidas no inciso I, a.

Art. 142 – (...)

§ 3º (...):

III – o militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou *função pública civil temporária*, não eletiva, ainda que da administração indireta...;

– do ADCT:

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da Administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma reguladas no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público

(...)



§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança....

(sem os grifos)

3.7 – Os dirigentes institucionais das empresas estatais também exercem função de confiança.

4. INVESTIDURA NA FUNÇÃO PÚBLICA

4.1 – O concurso é requisito obrigatório para a investidura em cargo ou emprego da Administração, conforme se colhe do inciso II do art. 37 da Constituição, *in verbis*:

Art. 37 (...):

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvada as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. (sem o grifo)

4.2 - O princípio é obrigatório tanto para os órgãos da Administração direta como para as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

4.3 – Com efeito, a Constituição, ao empregar a expressão “servidores públicos”, na Seção I (Disposições Gerais) do Capítulo VII (Da Administração Pública), o faz em sentido amplo, para abranger todos os agentes que prestam serviço à Administração (direta e indireta), diferentemente do que ocorre com a Seção II (Dos Servidores Públicos) que cuida apenas das pessoas físicas que prestam serviço à Administração direta.

4.4 – Todavia, o requisito é apenas para a investidura em cargo ou emprego público, não existindo a exigência para investidura na função pública, conforme se colhe do texto do inciso II do art. 37, anteriormente transcrito.

4.5 – Se a regra do concurso é obrigatória para as estatais, também a exceção há de ser-lhes estendida, inexistindo razão para que seja válida apenas para a Administração direta, autarquias e fundações públicas. Os empregados de confiança das empresas estatais, com efeito, estão para estas assim como as funções de confiança estão para os órgãos da Administração direta, as autarquias e as fundações públicas.

4.6 – Conforme judiciosamente observou o eminente Ministro Ubiratan Aguiar, do Tribunal de Contas da União, no voto condutor do Acórdão n. 1.557/2005 – Plenário, no Processo n. 010.987/2004-8,

A aplicação literal e isolada desse dispositivo com relação às entidades da administração indireta não se mostra pertinente. Ela conduziria a uma das duas hipóteses: a primeira seria que tais entidades não poderiam ter “cargos em comissão” de livre exoneração; a segunda, que tais “cargos” precisariam ser criados por lei. Nenhuma dessas hipóteses é razoável, nem guarda consonância com outros dispositivos constitucionais

No caso da primeira, é pouco razoável concluir pela inviabilidade de que empresas, sujeitas ao regime privado, e assim, submetidas a menos amarras que os órgãos da administração direta, não possam ter esses “cargos” de livre nomeação e exoneração, ao passo que os órgãos mencionados tenham tal prerrogativa. Também há alguns dispositivos da própria Constituição que afastam essa interpretação - o art. 19, § 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelece que o disposto no *caput* do artigo não se aplica aos ocupantes de “cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão...”. Vê-se que aqui se falta em emprego de confiança ou emprego em comissão, terminologia mais apropriada em relação à administração indireta, mas que não é utilizada no art. 37. O uso dessa expressão, todavia, denota que a Constituição reconhece a existência de “emprego em comissão” (em contraposição a cargo em comissão;

(...)

A segunda hipótese, de que a criação de “cargos” em comissão nas entidades da administração indireta teria que ser feita por lei também não encontra respaldo. O art. 61, § 1º, inciso II, alínea a, da Constituição Federal estabelece que são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre criação



de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração. Portanto, a Constituição não prevê a elaboração de lei para a criação de empregos na administração indireta, exceto quanto às autarquias. Se não há necessidade de lei para a criação dos empregos que são providos mediante concurso público, não seria razoável entender que seria exigida lei para a criação de “empregos em comissão”, em muito menor número. Dessa forma entendeu o Tribunal quando da prolação da Decisão n. 158/2002 – Plenário.

4.7 – Efetivamente, não se poderia compreender que dispondo a Administração direta, as autarquias e fundações públicas, de servidores de livre provimento e dispensa, notadamente para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, o mesmo não se verificasse em relação às empresas estatais, por igual carentes de servidores de confiança, dotados de qualificação específica, especialmente para assessoramento de dirigentes, pelo tempo de duração dos respectivos mandatos.

4.8 – Em face dessas peculiaridades, por simetria do que se verifica nos órgãos e entes mencionados, as funções da natureza indicada, nas empresas estatais, por compreensíveis razões de lógica, que dispensam maiores considerações, também poderão ser de provimento livre, condicionado tão-somente pela confiança excepcional que merecer o servidor e pela qualificação técnica que possuir, requisitos esses de avaliação privativa por parte daqueles a quem serão imediatamente subordinados.

4.9 – É, sem dúvida, inevitável que as funções de confiança existam onde haja necessidade de pessoal que atenda a ambos os requisitos acima enumerados, justificando-se, por isso, maior flexibilização em sua admissão e, conseqüentemente, em sua dispensa.

4.10 – Nesse sentido, leciona Sérgio de Andréa Ferreira⁷:

Cremos que podemos concluir, numa interpretação sistemática, de resultado extensivo, que, se na disposição em tela (art. 37, V), a CF exige concurso para os cargos efetivos e os empregos permanentes, ao dispensá-lo, na última parte, para os cargos

⁷ FERREIRA, Sérgio de Andréa, Empresa Estatal – Funções de Confiança – A Constituição Federal – Art. 37, n. II, RDA, Rio de Janeiro, jan/mar/2002, n. 227, p. 404.

em comissão, a regra constitucional não poderá deixar de ser estendida, consoante a parêmia *ubi eadem ratio, ibi dispositio*, como fazendo-o, também, para as funções empregatícias de confiança, para empregos de confiança. (sem o grifo)

4.11 – Não destoou do entendimento a decisão do TCU no Processo n. 6.658/1999⁸, assim ementada:

As entidades integrantes da Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista e as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, estão, em regra geral, sujeitas à exigência de concurso público, prevista no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, para admissão de seu pessoal, *ressalvadas as exceções que menciona*. (sem o grifo)

4.12 – Do mesmo modo, a Consultoria Geral da República⁹, em parecer aprovado pelo Presidente da República, assim concluiu:

Concurso público, exigência para contratações de pessoal das estatais. Constituição, artigos 37, incisos I a V, e 173, § 1º, em combinação com o artigo 71, item III. As entidades da Administração Indireta, em face do preceituado no artigo 37, inciso I a V da Constituição, estão subordinadas à exigência da prévia habilitação em concurso público, como regra geral, para preenchimento dos seus empregos, *salvo os comissionados de confiança e os casos de eventual necessidade da sua dispensa ou inexigibilidade, a merecer exame de per si*. (sem o grifo)

4.13 – Anote-se, por final, que, na opinião, isolada, de Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁰ mesmo a contratação de empregados permanentes, pelas empresas dedicadas à atividade econômica, poderia estar dispensada de concurso prévio, conforme se colhe do seguinte texto de sua última edição do Curso de Direito Administrativo:

⁸ Transcrita por Sérgio de Andréa Ferreira, à p. 403 do trabalho indicado.

⁹ Diário Oficial da União, ed. de 28.08.1989, pp. 14.763 e segs.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 260.



As pessoas estatais constituídas para a exploração de atividade econômica disporão de liberdade para contratar diretamente seus empregados na hipótese em que (a) a adoção de concurso público tolheria a possibilidade de atraírem e captarem profissionais especializados que o mercado absorvesse com grande presteza e interesse ou (b) nos casos em que o recurso a tal procedimento bloquearia o desenvolvimento de suas normais atividades no setor.

4.14 – Para o renomado Mestre,

O contemperamento é necessário, pois seria um equívoco imaginar que, ante a linguagem desatada do § 1º, II, do art. 173, as entidades estatais exploradores de atividade econômica ficaram integralmente submissas ao regime das empresas privadas e, em consequência, libertas das regras pertinentes a concurso público. Com efeito, é fácil verificar que existem inúmeros outros casos em que a Constituição afastou-as do ‘regime próprio das empresas privadas’. Ninguém duvidaria, por exemplo, de que contra elas cabe ‘ação popular’, a teor do art. 5º, LXXIII, ou de que a vedação de acumulação de cargos também se lhes aplica, conforme o art. 37, XVII, em despeito de não ser este um regime próprio das empresas privadas. O mesmo se dirá em relação ao previsto nos arts. 14, § 9º; 49, X; 52, VII; 54; 55, I; 70 e 71, II e III, o que bem demonstra que no art. 173, § 1º, II, o reformador da Constituição, tal como já o fizera o constituinte, *dixit plus quam voluit*. (sem o grifo)

4.15 – Dada a autoridade do intérprete que a emituiu, trata-se de opinião das mais respeitáveis acerca do recrutamento, pelas empresas estatais, de empregados permanentes, a qual, por razão ainda maior, é de aplicar-se aos empregados de confiança, para cujo provimento, portanto, inexistia dúvida de que o concurso público não constitui requisito obrigatório.

5. NATUREZA JURÍDICA DO EMPREGO DE CONFIANÇA

5.1 – Segundo observa, com percuciência, o referido Sérgio de Andréa Ferreira¹¹, o empregado de confiança, não é admitido a título

¹¹ *Op. cit.*, p. 405.

precário, nem como interino ou eventual, já que atende a uma necessidade permanente da empresa, sendo o serviço prestado a título contínuo, não raro, sem prazo determinado.

5.2 – É um empregado como outro qualquer, mas que, dada a natureza da função desempenhada, em que o elemento fiduciário, existente em todo contrato de trabalho, assume especial relevo, não se beneficia da proteção legal com a mesma amplitude atribuída aos demais empregados¹².

5.3 – A cláusula “*de confiança*”, na verdade, tem o efeito jurídico de distinguir o empregado de confiança do empregado permanente, que é recrutado por meio de processo seletivo público.

5.4 – Em consequência, diferentemente do que ocorre com o empregado permanente, que só é despedido por justa causa, pode ter o seu vínculo empregatício extinto por conveniência.

5.5 – Por isso mesmo, preceitua a CLT, no art. 499, que não haverá estabilidade no exercício de cargo de confiança imediata do empregador.

5.6 – Da mesma forma que ocorre com os cargos em comissão previstos no art. 37, V, segunda parte, da Constituição, a investidura nos empregos de confiança pode dar-se:

- a) de forma imediata e direta no cargo;
- b) por designação posterior à admissão do empregado.

5.7 – No primeiro caso, o servidor é contratado para assumir o emprego. No segundo, um servidor da empresa é designado para assumir a função de confiança.

5.8 – A demissibilidade, na primeira hipótese, e a dispensabilidade, na segunda, são da essência do próprio emprego ou função de confiança.

5.9 – De concluir-se, portanto, que o *emprego de confiança* (ou *emprego em comissão*) é inerente à organização da empresa estatal, e que sua contratação não tem por pressuposto a aprovação em concurso público.

¹² Délio Maranhão, *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. I, 7ª edição, p. 225.



5.10 – Alexandre de Moraes é desse pensar:¹³

...apesar do regime de pessoal das identidades paraestatais ser o mesmo dos empregados das empresas privadas (...), permanece a obrigatoriedade do postulado do concurso público, mesmo para as empresas que exerçam atividades econômicas, *salvo, obviamente, para os cargos ou funções de confiança, por serem instrumento de realização concreta dos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade.*

5.11 - Também Adilson Abreu Dallari¹⁴:

Examinando o próprio texto da Constituição pode-se observar que a exigência de concurso público não é absolutamente universal...

No caso dos cargos de direção das empresas estatais, cabe lembrar que o art. 173 dispõe que elas se regerão pelas normas aplicáveis às empresas privadas inclusive no tocante às obrigações trabalhistas. *Isto significa que, para as funções de confiança, de direção, incompatíveis com a escolha de seus ocupantes mediante concurso público, aplicar-se-ão as regras próprias da empresa privada, inclusive da CLT, quando for o caso.* (sem os grifos).

5.12 – No Proc. 400.000.016/89-23¹⁵, o Consultor-Geral da República, em parecer de 24.08.1989, acima parcialmente transcrito (subitem 4.12), como se viu, após asseverar que as entidades estatais estão subordinadas à exigência de prévia habilitação em concurso público para suas novas contratações, ressaltou expressamente os comissionados, de confiança, e, os casos de eventual necessidade da dispensa ou inexigibilidade dessa competição seletiva.

5.13 – Esclareça-se, entretanto, que o emprego de confiança é destinado, com exclusividade, à admissão de servidor para o exercício de funções de assessoramento, não sendo lícito o ingresso de pessoal

¹³ MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 17ª ed., Edit. Atlas, 2005, p. 315.

¹⁴ DALLARI, Adilson Abreu, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, Edit. Revista dos Tribunais, SP, 2ª ed., p. 38.

¹⁵ Diário Oficial da União, de 28.08.1989, p. 14.765.

na empresa estatal, em caráter permanente, sem a prévia aprovação em concurso, sob pena de ofensa à norma constitucional que condiciona a investidura do servidor em cargo público ou emprego público à satisfação desse requisito, a qual é expressamente estendida aos todos os entes que compõem a administração descentralizada do Estado.

6. A CRIAÇÃO DE EMPREGOS DE CONFIANÇA NAS EMPRESAS ESTATAIS

6.1 – Os cargos, funções e empregos na Administração direta e autárquica somente podem ser criados por lei, e lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, na conformidade do disposto no art. 61, § 1º, II, a, da Constituição Federal.

6.2 – Se a norma citada refere exclusivamente cargos, funções e empregos da Administração direta e autárquica, é fora de dúvida que não estão por ela abrangidos os empregos e funções das empresas estatais.

6.3 – Embora, eventualmente, a lei que criou a empresa estatal, ou aprovou o seu estatuto, possa dispor sobre a criação de empregos e funções, o mais correntio é que essa matéria seja disciplinada em regulamento, no regimento ou em outros atos de caráter interno, inexistindo empresa que não conte, em sua organização, com assessores contratados ou designados para o mister.

6.4 – Não é de afastar a hipótese de existirem empresas estatais cujos estatutos vedem a contratação de servidores estranhos ao seu quadro de pessoal permanente para empregos de confiança, o que, todavia, constituirá exceção.

6.5 – De ressaltar, por derradeiro, que, diferentemente do que se verifica com a Administração direta e as autarquias, a Constituição Federal, no inciso II do § 1º do art. 169, ressalva expressamente as empresas públicas e as sociedades de economia mista da obrigação de somente criar empregos e funções quando houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

7. ALGUMAS CONCLUSÕES

1. A contratação de trabalhador, sem concurso, para ocupar função de confiança em empresa pública não ofende o art. 37 da Constituição Federal.



O emprego de confiança, de previsão constitucional, está para as empresas estatais, assim como o cargo em comissão está para a Administração direta, as autarquias e as fundações de direito público, destinando-se ao recrutamento de servidores tecnicamente qualificados e que gozem de confiança específica dos dirigentes a que estarão subordinados.

2. Tal qual ocorre com os ocupantes de cargos em comissão, os *empregados de confiança* se destinam, estritamente, a funções de assessoramento.

3. No *contrato de confiança*, a cláusula de fidúcia que nele há de vir expressa (sob pena de nulidade do ato por ofensa ao princípio do concurso) constitui o elemento que o distingue dos contratos de emprego permanente, pressupondo que durará enquanto persistir o motivo da contratação.

4. Trata-se de espécie de contrato que, naturalmente, poderá ser prorrogado, desde que, para estrito atendimento dos objetivos que determinaram a sua celebração inicial.

5. Considerando que o *contrato de confiança* não se ajusta ao conceito de contrato por prazo determinado, dado que sua duração pode ultrapassar os dois anos previstos no art. 445 da CLT, impõe-se a conclusão de que se está diante de contrato por prazo indeterminado, cuja rescisão, quando não motivada por justa causa (art. 482 da CLT), é de ser considerada como *despedida por conveniência*, ou, mais precisamente, como *despedida arbitrária*, expressão contida no art. 7º, I, da CF/1988 que, enquanto não definida pela lei complementar nele prevista, há de ser entendida no sentido que se extrai dos textos normativos que se achavam em vigor na data da promulgação da nova Carta, no caso, o art. 165 do mencionado código laboral, o qual define a despedida arbitrária – conquanto para situação específica – como a “*que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro*”.

6. Conseqüentemente, fazem jus os empregados de confiança às mesmas verbas rescisórias devidas ao empregado concursado despedido sem justa causa.

7. Tratando-se de contrato assimilável, como visto acima, ao de prazo indeterminado, a sua rescisão no curso do mandato, salvo hipótese de

justa causa, caracterizará, igualmente, *despedida arbitrária*, dando ensejo às verbas indenizatórias pertinentes à espécie.

8. O ocupante da função de confiança deve estar filiado à Previdência Social, como empregado, inexistindo dúvida a respeito, já que, por igual, é considerado segurado obrigatório do Regime Geral da Previdência Social – RGPS o “*ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público*”, na conformidade do disposto no § 1º do art. 9º da Portaria MPAS n. 4.992/1999.

9. Embora, eventualmente, a lei instituidora da empresa estatal, ou que houver aprovado o seu estatuto, possa dispor sobre a criação de empregos e funções, o mais usual é que essa matéria seja disciplinada em regulamento, no regimento ou em outros atos de caráter interno.

**REGIME JURÍDICO DA CONTABILIDADE
EMPRESARIAL**

Fábio Ulhoa Coelho

*Professor Titular de Direito Comercial da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*



REGIME JURÍDICO DA CONTABILIDADE EMPRESARIAL

Fábio Ulhoa Coelho

1. INTRODUÇÃO

A globalização econômica força a harmonização das técnicas contábeis em todo o mundo. Para que o investidor tenha ao seu alcance as alternativas de investimento abertas em qualquer parte do planeta, é indispensável que as possa examinar segundo parâmetros homogêneos. Como as demonstrações divulgadas pelas empresas são os principais instrumentos para esta análise, a linguagem contábil, que retrata a situação patrimonial, econômica e financeira das empresas, deve ser globalmente padronizada.

O movimento de harmonização da contabilidade empresarial foi impulsionado pelo aumento da negociação nas bolsas de valores norte-americanas de ações de emissão das empresas sediadas fora dos Estados Unidos (ou de títulos representativos de ações delas, os ADRs). As empresas com acesso àquele cobiçado mercado de capitais passaram a elaborar duas contabilidades, sendo uma atendendo ao padrão norte-americano (USGAAP, equivalente a “princípios de contabilidade geralmente aceitos nos Estados Unidos”), e outra, a de seu país de origem.

Paralelamente a esse movimento, um prestigiado organismo internacional de contabilidade (IASB: *International Accounting Standards Board*) divulga, desde 2001, as normas internacionais de contabilidade (IFRS: *International Financial Reporting Standard*), que, a partir do

exercício de 2006, passou a ser o padrão de observância obrigatória na Europa. Hoje, curiosamente, a padronização global da contabilidade encontra resistência exatamente no país em que o movimento se originou. As empresas e autoridades norte-americanas não mostram nenhuma pressa em substituir o USGAAP pelo IFRS¹.

No Brasil, a substituição dos princípios locais de contabilidade pelo IFRS está em andamento, devendo as companhias abertas adotarem o padrão global integralmente até o exercício a findar em 2010, conforme determinado pela CVM². No plano legislativo, a edição da Lei n. 11.638, de 28.12.2007, marca a adesão do nosso direito empresarial ao movimento de harmonização da contabilidade na economia global.

Este artigo tem o objetivo de assinalar as principais alterações introduzidas, por esta lei, no regime jurídico da contabilidade empresarial. De início, é oportuno examinar os contornos de uma categoria introduzida no direito societário brasileiro pela reforma de 2007, a da “sociedade de grande porte” (item 2). Cuidarei, em seguida, das regras aplicáveis às sociedades anônimas (itens 3 a 6) e, depois, das que alcançam as limitadas (item 7).

2. SOCIEDADE EMPRESÁRIA DE GRANDE PORTE

Quanto maior a empresa, maior será o impacto que seu sucesso ou insucesso traz aos circunstantes (*stakeholders*), assim considerados os empregados, seus familiares, consumidores, vizinhos dos estabelecimentos empresariais mais importantes e demais pessoas cuja vida ou interesses expõem-se às repercussões da atividade econômica explorada em grande escala. Há, por isso, crescente preocupação da lei em submeter as empresas de maior envergadura a normas e regimes jurídicos compatíveis com o significado delas para a economia local, regional, nacional ou mesmo global.

Importante passo na direção desse tratamento diferenciado encontra-se na definição, introduzida no direito societário, pelo art. 3º, parágrafo

¹ Segundo Siobhan Citlin Sweeney: “While the United States has been the major initiator of IFRS and has imposed its own interpretation of standards on the rest of the world, it has never expressed an intention to adopt IFRS itself, instead opting to ‘converge’ its own standards towards IFRS. Its position of power in the IFRS debate means that it is really converging IFRS towards the USGAAP system” (AIFRS – Australia goes it alone. Em *Business Law Review*. Vol. 8, n. 3, International Bar Association, novembro de 2007, p. 296).

² Instrução CVM 457, de 13.07.2007.



único, da Lei n. 11.638/2007, de *sociedade de grande porte*: “sociedade ou conjunto de sociedades sob controle comum que tiver, no exercício social anterior, ativo total superior a R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) ou receita bruta anual superior a R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais)”.

Basta, assim, a sociedade empresária registrar em suas demonstrações contábeis, num determinado exercício, um ou outro indicador (*ativo total* ou *receita bruta anual*), para classificar-se como sociedade de grande porte no exercício subsequente.

Qualquer que seja o tipo societário adotado, em alcançando um daqueles indicadores, a sociedade empresária classificar-se-á como de grande porte. Realisticamente falando, contudo, só tendem a apresentá-los sociedades do tipo anônima ou limitada. As sociedades empresárias de tipos menores (nome coletivo, comandita simples e comandita por ações) e as simples (incluindo as cooperativas) dificilmente ostentarão ativo total e receita bruta anual tão elevados. Evidentemente, se ostentarem, estão classificadas como sociedades de grande porte, independentemente do tipo adotado, mas esta deve ser uma hipótese rara.

Que se segue da classificação de determinada sociedade como “de grande porte”? Ela passa a ter as seguintes obrigações, relativamente à sua contabilidade: (i) adotar o regime de competência na escrituração mercantil³; (ii) levantar as mesmas demonstrações financeiras exigidas das sociedades anônimas fechadas; (iii) submetê-las à auditoria independente.

Excetuadas estas três implicações específicas, nada mais se altera no regime jurídico aplicável a determinada sociedade, em razão da circunstância de se ter classificado como sociedade de grande porte. Quer dizer, tanto as limitadas classificadas como as não-classificadas nessa categoria continuam sujeitas rigorosamente aos mesmíssimos preceitos legais, pertinentes às demais matérias societárias.

³ “Há duas formas de se apropriarem, contabilmente, as mutações patrimoniais do empresário: o regime de caixa (ou de gestão) e o de competência. No primeiro, as mutações são apropriadas ao tempo em que o recurso entra na posse do empresário, ou dela sai; no último, a apropriação se realiza quando do surgimento do direito do empresário ao recurso, ou do dever de o entregar. Uma venda realizada mediante pagamento à vista é contabilizada da mesma forma, nos dois regimes, porque coincidem os respectivos critérios. Uma venda a prazo, contudo, será contabilizada pelo regime de caixa quando do pagamento do preço pelo comprador e, no de competência, quando da contratação” (meu curso de direito comercial. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 2, pp. 362/363).

3. AS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS

Ao término do exercício social definido em seu estatuto, toda sociedade anônima deve elaborar certas demonstrações contábeis (que a lei, impropriamente, denomina “demonstrações financeiras”). Cabe à diretoria providenciar o levantamento desses instrumentos, cujo objetivo é retratar diversos aspectos do seu desenvolvimento (patrimônio, resultados positivos ou negativos etc.).

São cinco as demonstrações mencionadas no art. 176 da LSA:

a) *balanço patrimonial* – mais importante de todos os instrumentos contábeis, mensura o ativo, o passivo e o patrimônio líquido da sociedade empresária. Nele, o dado de maior relevância, para os profissionais do direito, é a base para o cálculo do valor patrimonial da ação, na data do encerramento do exercício social. Este valor corresponde ao devido pela companhia ao acionista dissidente, caso não haja cláusula estatutária prevendo o reembolso pelo valor econômico ou não seja solicitado o levantamento do balanço especial (LSA, art. 45, §§ 1º e 2º).

b) *demonstração do resultado do exercício* – é o instrumento de mensuração do desempenho econômico da sociedade anônima. Nele, parte-se do faturamento bruto obtido pela empresa durante todo o exercício social e, por meio das deduções e adições apropriadas, chega-se ao lucro líquido, que servirá de base para o cálculo dos dividendos obrigatórios a que têm direito os acionistas (LSA, arts. 189 a 202). Em outros termos, se, para os economistas e analistas de mercado, a DRE revela a performance da empresa, confirma ou desconfirma projeções de lucros e reorienta as decisões de investidores, para os profissionais do direito, serve, em geral, à verificação do atendimento aos direitos de participação nos lucros titularizados pelos acionistas.

c) *demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados* – este instrumento contábil revela, partindo do saldo do início do exercício, a parte do resultado positivo não distribuído aos acionistas, ou do negativo não absorvido. Não costuma despertar a atenção dos profissionais do direito, mas é instrumento extremamente útil à avaliação da pertinência do investimento a longo prazo na empresa retratada.

d) *demonstração dos fluxos de caixa* – este é um dos instrumentos contábeis criados pela reforma legislativa de 2007. Trata-se de



demonstração facultativa para as companhias fechadas de patrimônio líquido inferior a R\$ 2.000.000,00 (art. 176, § 6º). Nele, indicam-se as movimentações das disponibilidades da sociedade anônima, isto é, os recursos que, no exercício, entraram e saíram do caixa. Revela o grau de liquidez da empresa, sendo muito mais útil aos economistas, administradores e analistas de mercado do que para os profissionais do direito.

e) *demonstração do valor adicionado* – é outra novidade da reforma de 2007. Demonstração obrigatória apenas para as companhias abertas, mensura a riqueza gerada pela companhia e demonstra sua distribuição entre os elementos que a originaram, tais como empregados, financiadores, acionistas e governo. Este instrumento pode vir a despertar, no futuro, algum interesse para os profissionais do direito, quando a demonstração dos benefícios que certa sociedade anônima está proporcionando à economia local, regional, nacional ou mesmo global se mostrar útil à argumentação jurídica. Por algum tempo, contudo, em razão de sua novidade, deve passar um tanto despercebida esta demonstração.

Cada instrumento contábil tem, assim, diferente utilidade, seja para a informação dos acionistas, investidores ou agentes do mercado de capitais, seja como instrumento de gestão da empresa.

Estes instrumentos contábeis devem ser submetidos à auditoria em duas hipóteses: quando disserem respeito a sociedade anônima aberta (LSA, art. 177, § 3º) ou a sociedade anônima fechada de grande porte (Lei n. 11.638/2007, art. 3º). A auditoria deve ser feita por profissionais externos aos quadros de funcionários da sociedade anônima, vale dizer, por auditores independentes registrados na CVM.

As demonstrações financeiras, junto com o relatório da administração (e, se houver, também o parecer dos auditores independentes), serão postas à disposição dos acionistas (LSA, art. 133) com um mês de antecedência, pelo menos, em relação à assembléia geral ordinária, que os apreciará (art. 132, I), e publicadas nos 5 dias anteriores à realização desta (art. 133, § 3º).

Quando se trata de sociedade anônima fechada, com patrimônio líquido inferior a R\$ 1.000.000,00, a publicação das demonstrações financeiras é dispensável, desde que sejam levadas a registro na Junta

Comercial juntamente com a ata em que foram votadas (LSA, art. 294). Deste modo, a regra, em relação às sociedades anônimas, é a da ampla publicidade das demonstrações financeiras, seja por meio de sua publicação em jornal oficial e de grande circulação (art. 289), seja pelo registro na Junta Comercial, quando dispensada esta.

4. ALTERAÇÕES NAS RESERVAS

Antes da Lei n. 11.638/2007, existiam três tipos de reservas: *de reavaliação*, *de capital* e *de lucros*. As alterações alcançaram todos eles.

A reserva de reavaliação foi a mais atingida; na verdade, deixou de existir. Ela se destinava a apropriar a contra-partida do aumento do valor dos bens do ativo. Tratava-se de expediente facultativo, de que se valiam as empresas interessadas em ver retratada no balanço patrimonial a valorização de seu patrimônio. A partir da reforma, a contra-partida dessa valorização deve ser apropriada numa sub-conta do patrimônio líquido (“ajustes de avaliação patrimonial”).

As reservas de capital, por sua vez, minguaram. A lei restringiu as hipóteses de valores suscetíveis de apropriação nesta sub-conta do patrimônio líquido. Desde a reforma de 2007, apenas o ágio do preço de emissão (superior ao *valor nominal* ou ao *valor-quociente* das ações) e o produto da alienação de partes beneficiárias ou bônus de subscrição podem ser destinados à reserva de capital (LSA, art. 182, § 1º). Os valores correspondentes ao prêmio na emissão de debêntures e às doações e subvenções para investimento não são mais apropriáveis na reserva de capital. Integram alguma outra sub-conta do patrimônio líquido (*capital social* ou *reserva de lucro*, segundo a deliberação da Assembléia Geral).

Por fim, criou-se nova hipótese de reserva de lucro, exatamente para abrigar as doações ou subvenções *do governo* destinadas a investimento. Trata-se da “reserva de incentivos fiscais”, que tem natureza facultativa. Se a companhia não quiser incluir os recursos que recebeu do governo, a título de doação ou subvenção, na parcela de seus resultados que está obrigada a distribuir como dividendos, a solução jurídica e contábil adequada é criar, em suas contas, esta reserva (LSA, art. 195-A). Se não a providenciar, a companhia fica obrigada a considerar esses recursos nos limites dos dividendos obrigatórios.

5. NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA

Importantíssima conquista do direito societário, na reforma de 2007, consistiu na neutralidade tributária dos lançamentos contábeis feitos para fins de melhor informar os acionistas e investidores. Lembro a extraordinária confusão conceitual, ocasionada pela introdução do regime tributário próprio para os juros sobre o capital (Lei n. 9.249/1995, art. 9º). Sob o ponto de vista tributário, esses juros pagos aos acionistas é despesa e deveria ser assim contabilizado. Para o mercado de capitais, contudo, é remuneração do investimento e, portanto, de algum modo deveria estar representado no resultado da companhia. A solução precária consistiu na reversão da despesa na DRE, para que o instrumento contábil pudesse informar satisfatoriamente ao mercado o desempenho econômico da companhia⁴.

Pois bem, a partir da Lei n. 11.638/2007, sempre que a lei tributária (ou mesmo legislação especial sobre a atividade da companhia) implicar o emprego de métodos ou critérios contábeis diferentes dos exigidos pela lei societária, que busca a harmonização global em torno do IFRS, devem ser utilizados livros auxiliares. E no caso de obrigatoriedade de levantamento de demonstrações específicas de finalidades fiscais, devem ser feitos os lançamentos que neutralizem, na escrituração mercantil, eventuais distorções (LSA, art. 177, § 1º).

Deste modo, o legislador compatibiliza, de um lado, o objetivo de sintonizar o regime jurídico da contabilidade empresarial com o movimento global de harmonização e, de outro, as necessidades do legislador tributário, que obedece a temporalidade, lógica e dinâmica próprias.

Um dos principais efeitos da neutralidade tributária da reforma de 2007 é a impossibilidade de o fisco pretender imputar qualquer consequência fiscal às apropriações contábeis feitas sob o novo regime, ou para adaptar-se a ele. Separaram-se, desta maneira, de forma absoluta, os dois objetivos da contabilidade empresarial, de modo que apropriações contábeis feitas para o atendimento do direito societário não podem impactar as obrigações tributárias da sociedade anônima.

⁴ Deliberação CVM n. 207, de 13.12.1996.

6. PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DA REALIDADE SOBRE A FORMA

Os instrumentos contábeis devem retratar o mais fielmente possível a realidade patrimonial, econômica e financeira da sociedade anônima. Sua serventia depende do grau de fidelidade à realidade que conseguirem. Claro, em razão das valorações subjetivas inerentes a qualquer trabalho contábil, nunca será possível afirmar-se que tal fidelidade é absoluta⁵, mas dentro das balizas toleráveis de relatividade, quanto mais próximo estiver da situação patrimonial, econômica e financeira da sociedade anônima, mais útil será a demonstração contábil.

Um dos obstáculos, contudo, a este desiderato de maior fidelidade possível dos instrumentos contábeis encontra-se paradoxalmente num dos princípios de contabilidade. Refiro-me ao princípio do conservadorismo, que orienta as apropriações dos bens do ativo, em regra, pelo custo de aquisição⁶. Um imóvel adquirido há anos pela companhia pode ter experimentado significativa valorização, mas o contador continuará, em princípio, a apropriá-lo pelo valor de aquisição, homenageando a segurança que o conservadorismo confere ao seu trabalho.

⁵ Adverte Fábio Konder Comparato: “vulgarmente [...] o balanço é concebido como mera reprodução da realidade econômica da empresa, ou como espelho de uma situação patrimonial no dizer de um autor (Francesco Messineo. *Studi di Diritto delle Società*, Milão, 1958, p. 132), A não ser na hipótese de lançamentos falsos ou errôneos, o leigo não entende como se possa retocar essa fotografia do patrimônio. Tal concepção, no entanto, é totalmente imprópria. O balanço, como de resto toda a contabilidade, não pode jamais ser um simples reflexo de fatos econômicos, porque se trata de uma interpretação simbólica e, portanto, convencional da realidade. Os fatos econômicos não passam para os livros contábeis no estado bruto, mas são traduzidos, simbolicamente, em conceitos e valores; ou seja, são previamente estimados e valorados, segundo um critério determinado e em função de uma finalidade específica. A exatidão matemática dos balanços, que o vulgo contempla admirativamente, é mera coerência interna e recíproca de lançamentos em partidas dobradas, simples exatidão formal. Mas entre a realidade econômica e a sua tradução contábil interfere, necessariamente, um juízo de valor, uma estimativa axiológica, cuja imprecisão e contestabilidade jamais poderão ser suprimidas, porque inerentes ao próprio processo de conhecimento. A verdade contábil é, pois, simplesmente relativa” (*Ensaio e Pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro, Forense, 1978, pp. 32/33).

⁶ De acordo com Sérgio de Iudícibus: “a premissa subjacente ao princípio [do custo original como base de valor (registro inicial)], conforme geralmente se admite, é, além de uma consequência da continuidade (no sentido de que não interessariam valores de realização), a de que, presumivelmente, o preço acordado entre comprador e vendedor seja a melhor expressão do valor econômico do ativo, no ato da transação. [...] Entretanto, a avaliação conservadora, baseada no custo original, falha, nos demonstrativos financeiros, como elemento preditivo de tendências futuras para os usuários externos. Nenhuma premissa pode ser feita, a não ser sobre o custo do investimento inicial e sobre quão bem ou malsucedida foi a empresa, até o momento, no uso de tais recursos na geração da receita” (*Teoria da contabilidade*. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2000, pp. 54/55).



No novo regime jurídico da contabilidade empresarial, dá-se maior importância ao princípio da prevalência da realidade sobre a forma. Se a reserva de reavaliação era sempre facultativa e dependia apenas do interesse da companhia em ostentar patrimônio líquido mais expressivo (para participar de licitação, por exemplo), a utilização da sub-conta de ajustes de avaliação patrimonial deve ser bem mais constante. Embora não seja obrigatória tal utilização, não estarão respeitando estritamente o princípio contábil da prevalência da realidade sobre a forma os balanços patrimoniais que, anos a fio, mantiverem a apropriação dos bens do ativo invariavelmente pelo valor de aquisição.

Em relação a determinados ativos, a lei afastou definitivamente o critério do custo de aquisição, para exigir a apropriação pelo valor de mercado. É o caso, por exemplo, de certos ativos financeiros: as aplicações, inclusive em derivativos, classificadas no ativo circulante ou realizável a longo prazo devem ser apropriadas pelo valor de mercado, quando se destinarem à negociação ou estiverem disponíveis para venda (LSA, art. 183, I, a).

7. SOCIEDADES LIMITADAS DE GRANDE PORTE

Como visto acima (item 2), quando a sociedade limitada apresenta, num certo exercício social, em suas demonstrações contábeis, ativo total superior a duzentos e quarenta milhões de reais ou receita bruta anual superior a trezentos milhões de reais, ela se classifica como sociedade de grande porte e, em consequência, deve observar o mesmo regime jurídico de contabilidade empresarial reservado para as sociedades anônimas fechadas, no que diz respeito à escrituração e levantamento de demonstrações financeiras, e sujeita-se à auditoria independente. Afirmou-se, então, que, afora essas especificidades, no mais, ela é uma sociedade limitada como outra qualquer.

Surgiu, no entanto, com a edição da Lei n. 11.638/2007, uma dúvida entre alguns profissionais da área, relativamente à exigência de publicação das demonstrações financeiras das sociedades limitadas de grande porte⁷. De onde proveio a dúvida? No projeto de que se originou

⁷ Para uma visão geral sobre a discussão, consultar: (i) favoravelmente à dispensa da publicação: Syllas Tozzini e Renato Berger (*“As limitadas e a publicação de balanços”*, acessível em www.cfc.org.br/conteudo.aspx?codMenu=67&codConteudo=2814); (ii) e, com o entendimento pela obrigatoriedade da publicação: Modesto Carvalhosa (*“A nova legislação contábil e as limitadas”*, acessível em www.cfc.org.br/conteudo.aspx?codMenu=67&codConteudo=2811).

esta lei, previa-se de modo expresse que as limitadas de grande porte estariam sujeitas à obrigatoriedade da publicação de seus balanços. Na tramitação do projeto, porém, esta obrigatoriedade foi conscientemente suprimida pelos legisladores.

Lamentavelmente, porém, esqueceu-se de compatibilizar a ementa da lei com o texto final aprovado. Desse modo, da ementa da Lei n. 11.638/2007 acabou constando que a norma legal “estende às sociedades de grande porte disposições relativas à elaboração e *divulgação* de demonstrações financeiras” (grifo meu).

Todos concordam com o fato histórico de que os congressistas conscientemente subtraíram do projeto de lei originário a obrigatoriedade da publicação das demonstrações financeiras das sociedades limitadas de grande porte, mas se esqueceram de suprimir a referência na ementa. A dúvida surge da divergência de interpretação, vale dizer, das implicações jurídicas do fato histórico.

Na verdade, não há razões para a celeuma. Na parte propriamente normativa da lei, não se encontra nenhuma exigência de publicação das demonstrações financeiras das sociedades limitadas. A ementa não abriga nenhuma norma autônoma, já que se destina a sintetizar o conteúdo normativo albergado nos dispositivos legais.

Além disso, o recurso às ocorrências verificadas na tramitação do projeto de lei não são relevantes, sob o ponto de vista hermenêutico, quando destinadas a alterar o sentido imediato da norma posta. Afinal, se o legislador quis dizer algo e disse diferente, vigora o que disse e não o que pretendia dizer – é postulado indispensável para a segurança jurídica.

Quando se trata, portanto, de propor uma interpretação diversa da que resulta da norma legal, não se admite sopesar os eventos havidos na tramitação do projeto de lei. Contudo, se o objetivo é o oposto, vale dizer, *confirmar* e *reforçar* o contido na norma legal, a lembrança da história da tramitação do projeto é sempre oportuna e valiosa. Assim, em respeito à decisão de quem se encontra investido, pela Constituição, do poder para legislar (isto é, o Congresso Nacional que aprovou a lei e o Presidente da República que a sancionou), cabe argumentar no sentido de que a consciente supressão da exigência de publicação dos balanços das sociedades limitadas de grande porte *reforça* a interpretação das normas dispositivas no sentido de estarem estas dispensadas de tal formalidade.

**TRANSPARÊNCIA E PUBLICIDADE: AS
EMPRESAS DE GRANDE PORTE À LUZ DA
NOVA LEI N. 11.638/2007**

Modesto Carvalhosa

Advogado



TRANSPARÊNCIA E PUBLICIDADE: AS EMPRESAS DE GRANDE PORTE À LUZ
DA NOVA LEI N. 11.638/2007
Modesto Carvalhosa

1. INTRODUÇÃO

A publicação da Lei n. 11.638, de 28 de dezembro de 2007 é de valiosa importância para a adequação das *empresas de grande porte* à nova realidade econômica brasileira, levando-se em conta o processo cada vez mais crescente da globalização e conseqüente necessidade de transparência dos mercados, de que decorre a evolução mundial dos princípios fundamentais de contabilidade e o relevante interesse público nas atividades empresariais.

2. EXPOSIÇÃO E JUSTIFICATIVA DO ANTEPROJETO DA CVM

Com efeito, a reforma do capítulo de regime jurídico de apuração patrimonial das empresas teve como fim primordial oferecer ampla transparência e efetiva publicidade do estado dos negócios das *grandes empresas* com sede no País. Estabeleceu-se, para tanto, a publicidade das demonstrações financeiras das sociedades de grande porte, abrangendo, dessa forma, o segmento das companhias fechadas, quando não constituídas sob a forma de sociedades por ações.

A CVM, com isso, visou trazer para o regime jurídico de ampla publicidade também as *grandes corporações que atualmente se refugiam*

sob a forma de sociedades limitadas para, assim, ficarem desobrigadas do regime de publicidade dos seus balanços e demais documentos que compõem suas demonstrações financeiras.

Como se vê, o que a CVM objetivou foi um aperfeiçoamento na elaboração das demonstrações financeiras e a obrigação das limitadas de grande porte de publicarem seus balanços. Trata-se, com efeito, de *matéria de ordem pública de inquestionável relevância*.

3. IMPORTANTES MUDANÇAS SOCIETÁRIAS

3.1 A EMPRESA DE GRANDE PORTE

Muito embora até entrar em vigor o Novo Código Civil ainda vigesse a teoria dos *atos de comércio*, tanto a doutrina como a jurisprudência cuidaram de ajustar o Direito Comercial em torno da figura da *empresa*, com critérios mais adequados à realidade econômica do final do século XX.

Lembre-se que, mesmo antes de 2002, o Direito brasileiro já vinha adotando fundamentalmente a teoria da empresa, que solidificou-se com a publicação do Novo Código Civil, em seu artigo 966 que assim define a atividade do empresário:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços.

Daí conceitua-se a *empresa* como a *atividade* econômica, profissional e organizada que oferece ao mercado bens e serviços gerados mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia).

Isto posto, os organismos internacionais, os governos nacionais e suas agências regulatórias, agentes econômicos em geral e os principais mercados financeiros do mundo passaram a exigir que as *empresas de grande porte*, qualquer que seja o tipo societário que ostentem, tenham visibilidade nos países onde atuam.

Assim é que os organismos multilaterais, como a Organização das Nações Unidas - ONU, a *United Nations Conference on Trade*



Development - UNCTAD e outros vêm insistindo sobre a necessidade de que *seja tornada pública* a posição patrimonial e os resultados econômicos colhidos por entidades empresariais que eles denominam de “*accountables*”, ou seja, que tenham uma *influência* tal no afazer econômico e na vida das comunidades nacionais em que atuam, que se faz necessário que a sociedade civil, as autoridades públicas como um todo e as regulatórias, as registrarias, e o mercado econômico e financeiro tenham efetivo conhecimento universal (publicidade) e poder de vigilância sobre elas. Insista-se que se trata de *medida de ordem pública* cuja relevância é notória, como referido.

Nesse passo, uma das alterações da lei societária mais importantes trazidas pela Lei n. 11.638/2007 encontra-se em seu art. 3º e que institui a figura das *sociedades de grande porte independentemente do tipo societário*, e que são aquelas as possuidoras de ativos superiores a R\$ 240 milhões ou receitas brutas anuais maiores do que R\$ 300 milhões. Todas elas passam a ser submetidas ao *regime jurídico* das demonstrações financeiras estabelecido pela Lei das S.A. – arts. 176 e seguintes:

Art. 3º - Aplicam-se às sociedades de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, as disposições da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976 sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários.

Dessa forma, as *grandes empresas*, limitadas e anônimas fechadas, deverão ter seus balanços auditados por uma auditoria independente, seguindo as regras aplicadas às companhias abertas. Ou seja, entende-se que as *empresas de grande porte*, independentemente do tipo societário, pela sua *relevância pública* no âmbito econômico e social (*accountables*), devem ter o mesmo nível de transparência de informações que as companhias abertas.

Além disso, o parágrafo único do art. 3º acima citado, dispõe que para os fins exclusivos da Lei n. 11.638/2007, a sociedade ou *conjunto de sociedades* sob controle comum que tiver, no exercício social anterior, ativo total superior a R\$ 240 milhões ou receita bruta anual superior a

R\$ 300 milhões também será considerada sociedade de grande porte, independentemente do tipo societário:

Parágrafo único - Considera-se de grande porte, para os fins exclusivos desta Lei, a sociedade ou conjunto de sociedades sob controle comum que tiver, no exercício social anterior, ativo total superior a R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) ou receita bruta anual superior a R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais).

Para se verificar o faturamento da sociedade ou do conjunto de sociedades sobre controle comum deve-se observar as *demonstrações financeiras do exercício social anterior arquivadas na Junta Comercial*.

A. PUBLICAÇÕES DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS DAS SOCIEDADES DE GRANDE PORTE.

A questão da obrigatoriedade da publicação dos balanços das sociedades limitadas de grande porte, em virtude da edição da Lei n. 11.638, de 28.12.2007, tem suscitado certa perplexidade nos meios jurídicos e empresariais.

Essa exigência de adequação das sociedades limitadas de grande porte às normas de elaboração das suas demonstrações financeiras rigorosamente de acordo com a lei societária vigente (art. 176 e segs.) visou sanar uma anomalia trazida pelas empresas multinacionais. Algumas delas foram já constituídas como limitadas e, a partir dos anos 80, quase todas convertidas em sociedades limitadas, a despeito da enorme dimensão que ostentam, simplesmente para dispensarem-se da publicação de seus balanços e, assim, evitarem a transparência de suas atividades empresariais no Brasil.

A constituição e a conversão em limitadas pelas grandes multinacionais sediadas do Brasil, como se fossem simples padarias de esquina, lanchonetes, papelarias e outros pequenos negócios familiares, tornou-se uma enorme distorção que colocava o nosso país em situação vexaminosa por possuir duas classes de grandes empresas: as nacionais que publicavam, como sociedades anônimas, seus balanços e as multinacionais que na sua absoluta maioria refugia-se na forma de limitadas para impedir, dessa forma, a transparência dos setores que

dominam, notadamente o automobilístico, o farmacêutico além das grandes distribuidoras de bebidas e outras áreas industriais relevantes da economia brasileira.

O assunto afeta a questão de soberania nacional, pois grandes multinacionais sediadas no Brasil reportam sua situação financeira unicamente às suas matrizes e ainda por via da consolidação de balanço do grupo, sem que no Brasil se tenha a menor idéia da situação refletida nas suas demonstrações, guardadas a sete chaves.

Ocorre que a nova Lei n. 11.638/2007, atendendo ao inquestionável interesse público envolvido, elimina essa constrangedora situação exigindo que as *limitadas de grande porte*, vale dizer, aquelas multinacionais que são *dominantes* ou *relevantes* nos diversos setores produtivos do país, passem a publicar os seus balanços, devendo seguir as mesmas regras contábeis determinadas pelo *International Financial Reporting Standards* - IFRS para as companhias abertas.

B. INTERPRETAÇÃO NORMATIVA

Nota-se que o art. 3º e parágrafo único da Lei n. 11.638/2007 refere-se expressamente ao *regime jurídico* das demonstrações financeiras imposto pela Lei das S.As. Não faz referência expressa à publicação dessas demonstrações, o que poderia dar margem à assertiva de que as limitadas de grande porte não estariam obrigadas a publicar suas demonstrações financeiras. Trata-se de uma interpretação sem qualquer tecnicidade normativa.

Como se sabe, a interpretação do direito desenvolve-se no (i) contexto *sistemático* e, portanto, de *integração normativa* (a norma inserida no sistema), no (ii) contexto *funcional* (função social da regra) e (iii) *teleológico* (objetivo da norma).

Deve-se, assim, primeiramente, verificar as relações da norma e sua *integração no sistema normativo* considerado este, necessariamente, como um todo coerente e conexo.

As normas, pois, devem ser examinadas no conjunto do sistema legal em vigor, levando-se em conta todo o ordenamento positivo, como um organismo uno, e levando-se em conta, principalmente, os

dispositivos constitutivos do mesmo repositório legal, ou seja, da lei em que se inserem.

É, portanto, indispensável o confronto da norma a ser interpretada com os demais preceitos da mesma lei, de forma a se configurar um conjunto coerente e lógico de disposições e princípios de direito, evitando-se os inevitáveis erros que decorreriam da consideração isolada de cada regra em si mesma.

A *interpretação sistemática* exige, portanto, a *integração da norma* em questão com as demais disposições do mesmo diploma e relacionadas com o mesmo objeto, sob a luz dos princípios e dos enunciados que as condicionam e as restringem reciprocamente.

Com efeito, somente a *análise integrada* das normas de um mesmo instituto jurídico legal pode possibilitar o conhecimento do sentido de cada uma delas e a sua recíproca interdependência e coordenação, *deduzindo-se do conjunto das regras o sentido de cada uma delas*, como salienta Carlos Maximiliano:

Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüências, e *do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma*.

(...)

Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo. Por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço.

Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram; verifica-se o nexó entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtêm esclarecimentos preciosos. *O preceito, assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado*. Com esse trabalho de síntese é melhor compreendido.

(...)

Já se não admitia em Roma que o Juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; *cumpria examinar a norma em conjunto*; “*Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua participa e juz proposita, judicare, vel, respondere*” – é contra Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés



da lei em conjunto, só uma parte da mesma (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense, Rio, 9ª edição, 1979, pp. 128 e 129) (Grifamos).

Apenas a *análise integrada* e, portanto, *sistemática* dos textos legais leva a uma interpretação razoável e não conflitante das normas.

Repita-se pois:

Normas jurídicas não podem ser consideradas isoladamente, sob pena de ser-lhes atribuído significado e conteúdo distorcido e equivocado.

Nas palavras de Eduardo Espínola:

E pois que toda legislação constitui um todo, tanto quanto possível orgânico e correspondente aos princípios unitários que o informam: *é óbvio, toda norma, no apreciar-se com as outras, como unidade, pode adquirir significado e conteúdo diferentes dos á primeira vista apresentados quando encarada sozinha.* (In *Interpretação da Norma Jurídica - Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Editor Borsoi, Rio, Vol. XXVIII, p. 186). (Grifamos)

Além da integração da regra no contexto sistemático, é também necessário, para a apreensão do significado normativo do texto, a sua análise dentro do *contexto funcional*.

A verificação do conteúdo e do sentido da norma jurídica, na realidade, não pode prescindir da perquirição sobre o *fim prático visado*, ou seja, *a função que deve desempenhar frente às relações sociais e econômicas que disciplina*.

Daí resulta que, sendo o Direito ciência essencialmente finalística, sua interpretação deverá necessariamente levar em consideração o *elemento teleológico*, isto é, o *fim da lei* (e não da norma isoladamente) e *as exigências econômicas e sociais* a que visa satisfazer, ou seja, sua *utilidade social*.

Essa foi a linha a que se filiou a nossa Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 5º:

Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos *fins sociais a que ela se dirige* às exigências do bem comum.

A propósito, a lição do Professor Caio Mário da Silva Pereira:

Numa linha de equilíbrio, a que se filiou o artigo 5º da nossa Lei de Introdução ao Código Civil, inspirado pela modernização da hermenêutica, o intérprete há de buscar o entendimento real da norma jurídica em função da sua *utilidade social* e da sua adaptação às injunções da vida social contemporânea de sua aplicação. (Instituições de Direito Civil, Forense, Rio, 2ª edição, 1966, Vol. I, p. 133). (Grifamos)

Isto posto, o artigo 3º da nova Lei n. 11.638/2007, que altera e passa integrar a lei societária, declara que aplicam-se às sociedades de grande porte, ainda que constituídas sob a forma de limitadas, *as disposições* da Lei n. 6.404/1976 sobre a escrituração e a elaboração de demonstrações financeiras, e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na CVM. Em consequência, as demonstrações financeiras das limitadas de grande porte devem obedecer ao *regime jurídico* estabelecido nos artigos 176 e seguintes da lei societária, cujo *parágrafo primeiro* (do art. 176) determina que as demonstrações de cada exercício serão publicadas, com a indicação dos valores correspondentes das do exercício anterior:

Art. 176 - Ao fim de cada exercício social a diretoria fará elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras, que deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício:

§ 1º - *As demonstrações de cada exercício serão publicadas com a indicação dos valores correspondentes das demonstrações do exercício anterior.*

A respeito, a Resolução n. 785/1995 do Conselho Federal de Contabilidade - CFC, declara que o *propósito específico* das informações contábeis é o de alcançar *todos os usuários* das informações contábeis (NBC-T-1).



Em consequência, não haveria nenhum sentido se as demonstrações financeiras das grandes empresas limitadas não estivessem à disposição de *todos os presumíveis* “usuários das informações contábeis”, para utilizar a linguagem do CFC.

E como é impossível estabelecer, identificar, individualizar e restringir esses *usuários* das informações contábeis, a Lei n. 6.404/1976 e agora a Lei n. 11.638/2007 que a integra determinam que *todas* as empresas submetidas ao *regime jurídico* das demonstrações financeiras constante dos seus arts. 176 e seguintes são obrigadas a publicar na forma e para os fins e efeitos do art. 289 da Lei n. 6.404/1976, as suas demonstrações financeiras.

Temos assim que a Lei n. 6.404/1976 simplesmente *submete* as S.As. e agora, com a introdução da Lei n. 11.638/2007, as limitadas de grande porte, ao *regime jurídico* das demonstrações financeiras estabelecido nos seus artigos 176 e seguintes. E nesse *regime jurídico* está inserida, *dentre outros inúmeros procedimentos*, a determinação de publicação das demonstrações financeiras.

Saliente-se que o artigo 3º da nova lei não trouxe expresso em seu texto a obrigatoriedade da publicação das demonstrações financeiras de empresas de grande porte, visto que *já há no referido artigo 176 e parágrafo 1º essa determinação*, sendo desnecessária a sua repetição no contexto do art. § 3º.

Por outro lado, a nova Lei n. 11.638/2007 não alterou ou excepcionou o § 1º do art. 176, como o fez com os seus incisos IV e V e seu § 6º, ao incluir as limitadas de grande porte no *regime jurídico* das demonstrações financeiras ali instituído.

Entende-se como *regime jurídico* um sistema, ou seja, um *conjunto* de imposições legais que regem um instituto, uma matéria, um assunto. No caso em estudo, designa o conjunto de normas que regem as demonstrações financeiras, estabelecido nos artigos 176 e seguintes da Lei n. 6.404/1976, com as alterações da Lei n. 11.638/2007.

Nesse sentido manifestou-se Celso Antônio Bandeira de Mello:

Diz-se que há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um *conjunto sistematizado* de princípios e regras que

lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito. (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Ed. Saraiva, 22ª Ed, p. 51). (Grifamos)

Note-se, a respeito, que quando a Lei n. 11.638/2007 cria *novos dispositivos* não originalmente previstos na Lei n. 6.404/1976, prevê expressamente a *necessidade de publicação* em seus artigos 177, parágrafo 2º, inciso II e artigo 7º do novo diploma:

Art. 177 - (...)

Parágrafo 2º - (...)

II - no caso da elaboração das demonstrações para fins tributários, na escrituração mercantil, desde que sejam efetuados em seguida lançamentos contábeis adicionais que assegurem a preparação e a divulgação de demonstrações financeiras com observância do disposto no caput deste artigo, devendo ser essas demonstrações auditadas por auditor independente registrado na Comissão de Valores Mobiliários.

Art. 7º - As demonstrações referidas nos incisos IV e V do caput do art. 176 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, poderão ser divulgadas no primeiro ano de vigência desta Lei, sem a indicação dos valores correspondentes ao exercício anterior.

E, por sua vez, o artigo 289 da lei societária determina que as publicações ordenadas na lei societária serão feitas no Diário Oficial do Estado em que esteja situada a sede da companhia e em outro jornal de grande circulação editado na localidade respectiva.

Art. 289 - As publicações ordenadas pela presente Lei serão feitas no órgão oficial da União ou do Estado ou do Distrito Federal, conforme o lugar em que esteja situada a sede da companhia, e em outro jornal de grande circulação editado na localidade em que está situada a sede da companhia.

Em consequência, não pode restar qualquer dúvida sobre a obrigatoriedade de publicação das demonstrações financeiras das limitadas de grande porte tanto no Diário Oficial como num jornal de grande circulação para que, assim, cumpra-se o determinado na



referida Lei n. 11.638/2007 que, por feliz iniciativa da Comissão de Valores Mobiliários, procurou estabelecer a necessária transparência dos balanços daquelas companhias multinacionais de relevante importância para a nossa economia e que adotam a forma de sociedades limitadas.

A propósito, a *Ementa* da nova Lei n. 11.638/2007 afasta qualquer dúvida, quando define que se estende às sociedades de grande porte disposições relativas à elaboração e *divulgação* de demonstrações financeiras:

Altera e revoga dispositivos da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e da Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976, e estende às sociedades de grande porte disposições relativas à *elaboração e divulgação* de demonstrações financeiras.

Lembre-se que, a *ementa* de um diploma legal constitui o *sumário do conteúdo* desse mesmo documento normativo, visto ter a *função* de descrever o *núcleo essencial* da matéria regulada, possibilitando a identificação exclusiva, rápida e clara do instrumento normativo.

Neste sentido, com o intuito de melhorar a técnica das leis publicadas, foi editada a Lei Complementar n. 95, de 1998 (art. 59 da CF), que disciplina a “elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis”. Essa Lei Complementar dispõe, com efeito, sobre a técnica legislativa.

Esse diploma normativo, estabelece que as leis serão estruturadas em três segmentos básicos: (i) *preliminar* que compreende a epígrafe e a *ementa* que conterà o preâmbulo, o enunciado *do objeto* e a indicação do *âmbito* de aplicação das disposições normativas; (ii) *normativa* que compreende o texto das normas de conteúdo substantivo relacionada com a matéria regulada; e (iii) *final* que compreende as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber.

Isto posto, conclui-se que não teria nenhum sentido manter no *anonimato* as demonstrações financeiras que serão elaboradas pelas limitadas de grande porte conforme a lei das sociedades anônimas

e devidamente auditadas, sem que houvesse a publicação desses documentos contábeis na forma prevista nos citados arts. 176, § 1º e 289.

Em outras palavras: não haveria nenhum sentido, ou seja, a Lei n. 11.638/2007 seria *inútil e inócua* se a obediência ao regime jurídico das demonstrações financeiras pelas limitadas de grande porte não incluísse a publicação, doravante, de seus balanços auditados. Não teria a nova lei *nenhuma utilidade social*, que é a própria razão de sua inserção no ordenamento jurídico.

Se assim fosse possível, todo o cumprimento das novas regras contábeis e respectiva certificação pelos auditores independentes levaria *a nada*, pois continuariam as limitadas de grande porte a *engavetar os seus balanços*. Não teria a lei nenhuma função, o que é inadmissível.

Não há norma legal *inútil* e muito menos *lei inútil*, ainda que parcialmente. Deve a Lei n. 11.638/2007 ser interpretada *sistemática, funcional e teleologicamente* e assim deve ser observada e cumprida conforme a sua *Ementa*, acima citada.

C. SANÇÃO QUANTO À NÃO PUBLICAÇÃO DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS.

A publicação dos balanços das empresas de grande porte (arts. 176, § 1º e 289) tem efeito *registrário*, uma vez que a Junta Comercial está revestida da função de *certificar as publicações que arquivou*, tanto sob o aspecto da existência do documento como da sua oportunidade. Essa certificação proporciona ao Poder Público, ao juízo, aos acionistas, a terceiros elementos de *prova formal* necessários à preservação de seus respectivos interesses. Daí a necessidade não apenas da dupla publicação (órgão oficial e jornal de grande circulação), mas do seu *arquivamento no Registro do Comércio*, para o efeito de poder a respectiva Junta Comercial atestar-lhes a regularidade da publicação e fornecer certidões do seu registro.

Nesse sentido é o disposto no parágrafo 5º do art. 289 da Lei n. 6.404/1976:

Art. 289 (...)



Parágrafo 5º - Todas as publicações ordenadas nesta Lei deverão ser arquivadas no Registro do Comércio.

A matéria está, sobretudo, regulada no art. 54 da Lei n. 8.934, de 18 de novembro de 1994, que dispõe:

Art. 54 - A *prova da publicidade* de atos societários, quando exigida em lei, será feita mediante anotação nos registros da Junta Comercial à vista da apresentação da folha do Diário Oficial, ou do jornal onde feita a publicação, dispensada a juntada da mencionada folha.

Ainda ordena esta última lei, em seu artigo 40, que todo ato, documento ou instrumento apresentado a arquivamento será objeto de exame do cumprimento das formalidades legais pela Junta Comercial.

Com efeito, se cabe às Juntas Comerciais zelar pela legalidade dos atos submetidos a arquivamento, cumpre-lhes, também, negar arquivamento ao ato em que se contém a violação da lei; se já efetuado tal arquivamento por inadvertência, cabe-lhes proceder o seu cancelamento, consoante a Súmula n. 473 Supremo Tribunal Federal:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Foi essa relevante matéria regulamentada pelo Decreto n. 1.800, de 30 de janeiro de 1996, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, notadamente no Capítulo II do Decreto, que trata da publicidade do registro público:

Art. 30 - Ao Procurador incumbe:

I - internamente:

a) fiscalizar o fiel cumprimento das normas legais e executivas em matéria de Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

Nesse passo, a Junta Comercial de São Paulo – *Jucesp* entende que quando a publicação de determinado ato societário for obrigatória, a falta do registro público *impede o arquivamento de ato societário subsequente*.

4. CONCLUSÃO

De todo o exposto, a leitura sistemática, funcional e teleológica da Lei n. 11.638/2007, a partir de sua ementa e dos arts. 176, § 1º e 177, parágrafo 2º, inciso II, da Lei n. 6.404/1976 com as alterações trazidas pela Lei n. 11.638/2007, leva à conclusão que todas as sociedades de grande porte, independentemente de seu tipo societário, deverão elaborar e publicar as suas demonstrações financeiras na forma e para os efeitos estabelecidos na lei societária (art. 289) e arquivá-las no Registro do Comércio, conforme a lei registraria respectiva.

TRIBUNAL DA CIDADANIA: 20 ANOS!

Antônio de Pádua Ribeiro

*Ministro aposentado e Ex-Presidente do
Superior Tribunal de Justiça*

A stylized, handwritten signature in grey ink, featuring a series of vertical, wavy strokes that resemble a stylized 'R' or 'P' repeated, followed by a final flourish.

TRIBUNAL DA CIDADANIA: 20 ANOS!

Antônio de Pádua Ribeiro

O Superior Tribunal de Justiça, criado pela Constituição em vigor, foi instalado no dia 7 de abril de 1989. Completa no próximo mês vinte anos de exercício das suas importantes atribuições constitucionais. A sua criação constitui uma das mais relevantes inovações incorporadas ao texto constitucional em vigor.

O antigo Tribunal Federal de Recursos fora instituído para solucionar a denominada “crise do Supremo Tribunal Federal”, tendo absorvido parte da competência deste. O mesmo ocorreu com a criação do Superior Tribunal de Justiça, cujo objetivo foi, também, superar mais uma “crise do Supremo Tribunal Federal”, cujo volume de processos nos anos oitenta era incompatível com o número dos seus Ministros. Tratou-se de alteração radical. Objetivou o legislador constituinte dividir a competência federativa do Supremo Tribunal Federal em duas: uma, de índole infraconstitucional, com a incumbência ao Superior Tribunal de Justiça de proferir as decisões definitivas, e a outra, de natureza constitucional, cuja decisão definitiva permaneceu na competência do Supremo Tribunal Federal. Em suma, continuou o Supremo a julgar o recurso extraordinário, restrito, porém, a matéria constitucional, e o Superior Tribunal de Justiça passou a julgar o mesmo recurso extraordinário, então da competência do Supremo, adstrito a matéria infraconstitucional, com a denominação de “recurso especial”.

A criação do Superior Tribunal de Justiça não foi improvisada. Debatida nos anos sessenta numa mesa redonda promovida pela Fundação Getúlio Vargas, foi objeto de trabalho do saudoso jurista Theotonio Negrão encampado pelo Instituto dos Advogados de São Paulo e, posteriormente, adotada pela denominada “Comissão Arinos”. Tornou realidade reestruturação lógica do Poder Judiciário, reclamada pelos doutrinadores, para descongestionar o Supremo Tribunal Federal, abarrotado de processos decorrentes do extraordinário crescimento populacional e econômico do País, especialmente nas três décadas que antecederam à promulgação da vigente Constituição.

Hoje, não mais se discute sobre a oportunidade e necessidade de criação do Superior Tribunal de Justiça, que se consolidou como Tribunal Nacional fundamental na hermenêutica da legislação federal e na fixação das suas diretrizes jurisprudenciais, e passou a ser conhecido como o “Tribunal da Cidadania”.

Transcorridos vinte anos da sua instalação, o que cabe indagar é sobre a quantidade e qualidade dos seus julgados e da necessidade de alguns aprimoramentos no sistema judiciário na área da sua competência, tema complexo, porquanto reflete, quase sempre, na modificação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Em termos de quantidade, o número de processos distribuídos e julgados até o fim do ano passado, é impressionante. Recebeu, desde a sua instalação, 2.582.563 processos, achando-se pendentes de julgamento 175.298. Os números mostram a eficiência do trabalho da Corte, mas deixam clara a quantidade excessiva de feitos que lhe são endereçados. É preciso reduzi-la, impedindo-se a subida de recursos em que se discutam teses jurídicas sobre as quais o Tribunal já se pronunciou.

No tocante à qualidade, o Tribunal tem alcançado, com indiscutíveis méritos, a finalidade que justificou a sua criação: assegurar a autoridade da legislação federal e dar-lhe diretrizes interpretativas, trazendo segurança ao sistema jurídico nacional. Proferiu, desde a sua instalação, muitos acórdãos com reflexo no dia a dia dos cidadãos. Entre outros, julgados que determinaram o desbloqueio dos cruzados e a atualização dos saldos das contas do FGTS; deram eficácia ao Código de Defesa do Consumidor, validade aos denominados “contratos de gaveta” no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, legitimidade ao Ministério



Público para propor ações coletivas e aos cidadãos para propor ação popular a fim de combater danos ambientais causados pelo Estado; interpretaram normas em benefícios dos hipossuficientes e decidiram sobre a impenhorabilidade do bem de família, a responsabilidade civil por furtos em estacionamento gratuito oferecido pelos estabelecimentos comerciais, pagamento de indenização decorrente do chamado seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres (DPVAT), indenizações oriundas da indevida inscrição de devedores no cadastro de contribuintes e a clientes de empresas aéreas por atraso de vôos. Muitas decisões foram prolatadas em *habeas corpus* para proteger a liberdade dos cidadãos. Para não alongar, a leitura dos verbetes das 370 súmulas editadas mostra o excelente trabalho que vem sendo desenvolvido na hermenêutica jurídica.

Contudo, sob outro ângulo, nota-se que a experiência colhida no curso das duas últimas décadas deixa claro que o ideal dos doutrinadores e do legislador constituinte de atribuir ao Superior Tribunal de Justiça a palavra final sobre os conflitos de natureza infraconstitucional está sendo evidentemente desnaturado. Isso não tem contribuído para a efetividade da justiça. Em matéria criminal, chega a constituir fator relevante para a impunidade.

Na verdade, a realidade judiciária tem mostrado que o Supremo Tribunal Federal erigiu-se numa quarta instância e o Superior Tribunal de Justiça numa terceira instância, mera Corte de passagem para o Supremo, especialmente no que tange ao direito público e ao direito penal.

O problema agrava-se em razão de ter o legislador constituinte elevado à categoria de norma constitucional matérias que deveriam continuar a reger-se pela legislação ordinária.

No contexto descrito, resulta que, tanto o Supremo quanto o Superior Tribunal de Justiça, passam por uma crise de significativas proporções. Os seus eminentes Ministros, assessorados por servidores de alto nível e apoiados por uma informática atualizada e altamente eficiente, não têm conseguido julgar, em tempo razoável, os processos distribuídos, que cada vez mais abarrotam os seus depósitos e, inclusive, áreas com outras destinações em suas sedes.

Medidas têm sido tomadas para minorar o problema, entre elas as que visam solucionar com rapidez os processos repetitivos. A súmula vinculante e a repercussão geral, também, constituem providências recomendadas e adotadas com aquela finalidade. Todavia, instituídas, sem nenhuma razão lógica, ficaram adstritas ao Supremo.

Contudo, sem alterações constitucionais que possam, à vista da experiência colhida, tornar realidade o propósito do legislador constituinte de criar um Tribunal que dê a palavra definitiva em matéria infraconstitucional e que, também, valorizem a atuação das instâncias ordinárias, a situação das duas Cortes maiores tornar-se-á cada vez mais grave, com grandes reflexos na geração de insegurança jurídica e na crença na efetividade da justiça.

Dos estudos feitos até agora, creio que a idéia-força, cuja implementação deveria ser tentada ou efetivada pelas autoridades e juristas responsáveis deveria ser a alvitada pelo insigne e saudoso Mestre Miguel Reale e que foi sugerida na conferência magna que proferiu quando o Superior Tribunal de Justiça completou dez anos.

Com apoio em Pontes de Miranda, sustentou o ínclito filósofo e notável Professor que a “contrariedade à Constituição”, a que se refere o art. 102, III, a da Lei Maior, quanto ao recurso extraordinário, deve-se entender como “contrariedade ao direito em tese”, esclarecendo: “Desse modo, não se cuida de apurar contrariedade na particularidade concreta de um processo, mas sim da que emerge da relação processual tornando patente o seu conflito em face de um preceito constitucional”. Acrescenta que esse entendimento foi confirmado pelo § 1º do art. 102 da Carta Magna, ao estabelecer que *“a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”*. Daí concluir que a “contrariedade deve versar sobre direito em tese, sobretudo em se tratando de preceitos fundamentais”.

A experiência das Cortes Constitucionais européias a respeito poderiam inspirar soluções compatíveis com o nosso sistema constitucional, evitando-se conflitos em concreto entre as duas altas Cortes de Justiça e, em consequência, dando mais efetividade ao seu trabalho e eficácia ao ordenamento jurídico nacional, com manifestos benefícios para a coletividade e a cidadania.

**UM SÍMBOLO NACIONAL
NORTE-AMERICANO E O DIREITO DE
EXPRESSÃO**
Adhemar Ferreira Maciel

*Consultor Jurídico
Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça
Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas*



UM SÍMBOLO NACIONAL NORTE-AMERICANO E O DIREITO DE EXPRESSÃO

Adhemar Ferreira Maciel

Sumário: A fala, atributo que distingue o homem dos demais animais. Necessidade de sua proteção constitucional. Evolução lenta da proteção constitucional do direito de fala e expressão. O Bill of Rights inglês de 1689. A Declaração francesa de 1789. A liberdade de crítica pela imprensa nos Estados Unidos. O Caso Zenger. Compromisso entre federalistas e antifederalistas para a elaboração de emendas à Constituição de Filadélfia. A atual Emenda n. 1. A redação de Madison. Vedação de censura prévia. A influência de Blackstone no direito norte-americano. A teoria Clear and Present Danger. A importância do Caso New York Times Co. v. Sullivan. Queima pública de bandeira nacional como direito de expressão. O Caso Street v. New York. Tentativas recentes de alteração da Emenda n. 1. Conclusões.

Despreocupadamente, talvez tenha sido Pascal (*Pensées*, 347¹) quem melhor formulou a síntese de *homem*: “caniço pensante”. Ainda que os outros animais possam ter “voz”, não têm “fala” (*logos*), isto é, não têm como expressar lógica e racionalmente o que pensam.

Se olharmos a história do *roseau pensant*, veremos que ele sempre teve de lutar indormidamente para poder manifestar o que pensa, seja por gestos, silêncio, fala, cartuns, dísticos em veículo, e por mil e uma maneiras. Para manter a liberdade de idéias, de pensamento, o homem teve de lutar. Teve de resistir (Laski, 1937, p. 94).² Primeiro, resistir

contra a tirania religiosa, em seguida, contra a tirania do Estado e, por último, contra a tirania de grupos sociais. Se ele pensasse em desacordo com a igreja, cometia heresia; se seu pensamento fosse de encontro ao Estado, sublevava; se suas idéias e ações divergissem da maioria, deveria ser silenciado. Muitas vezes, o homem tinha de resistir contra a tirania da igreja e do Estado, que se uniam para sufocá-lo.

Quem examina com cuidado as Constituições políticas modernas, a começar da *Fundamental Orders of Connecticut*, considerada por Karl Loewenstein (1959, p. 4) a primeira constituição moderna escrita,³ nota que os direitos fundamentais só foram sendo positivados aos poucos, ao longo do tempo. Assim, o *Bill of Rights* inglês de 1689 assegurou a liberdade de expressão só aos representantes do povo, tanto em sessão do Parlamento quanto fora dela.⁴ A Declaração de Direitos de Homem e do Cidadão de 1789, no embalo iluminista, ampliou o direito de expressão: *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme: tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi* (Art. 11). Daí em diante, inúmeros documentos de alcance internacional, como a Declaração Universal de Direitos Humanos da Assembléia-Geral da ONU (1948) e a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos (1950), vêm reiterando e aprimorando o direito de fala e comunicação.

Ainda que a liberdade de expressão tenha começado na Inglaterra, foi nos Estados Unidos que alcançou seu apogeu. Em 1695, com a caducidade da *Licensing Act*, já não mais havia necessidade de obter-se licença prévia da *Stationer's Company*⁵ ou da igreja para a publicação de livros na Grã-Bretanha. Mas, a crítica a funcionários públicos através de periódicos continuava sujeita a ações judiciais. Na América Colônia há um caso célebre, por isso mesmo sempre lembrado, envolvendo liberdade de imprensa. John Peter Zenger, dono de um semanário nova-iorquino, publicou uma série de artigos criticando o governador inglês de Nova York. Foi processado por calúnia e difamação. Dentro da tradição inglesa, submeteu-se a um grande júri, que não o indiciou: os fatos narrados pelo articulista eram verdadeiros...

A liberdade de expressão e comunicação pode envolver questões melindrosas e na maioria das vezes difíceis de serem solucionadas. O

Governo tem direito de fazer autopromoção? O contribuinte tem o direito de impedir que se paguem impostos? Tenho liberdade de fazer e exibir ao público filme pornográfico ou obsceno? Posso criar *blog* divulgando o ateísmo? o ódio racial? o homossexualismo? Uma empresa de bebidas alcoólicas, que gastou milhões de dólares em neuromarketing, pode lícitamente fazer propaganda pela TV de seus produtos comprovadamente danosos à população?

Quando da elaboração da Constituição dos Estados Unidos, os federalistas, com o propósito de obter o apoio dos antifederalistas (mais tarde “republicanos”) no atinente à ratificação da Constituição pelos Estados-Membros, se comprometeram a fazer emendas constitucionais garantindo os direitos fundamentais, que não se achavam expressamente assegurados no texto original de 1787. Em 1789, na primeira legislatura do Congresso, 78 propostas de emendas constitucionais foram discutidas. A Câmara dos Deputados (*House of Representatives*) aprovou 17. No Senado (*Senate*), o número foi reduzido a 12. Por fim, em 15 de dezembro de 1791, as assembléias legislativas estaduais ratificaram apenas 10, que ficaram conhecidas como *Bill of Rights*.

Sem dúvida alguma, a emenda do *Bill of Rights* que recebeu o n. 1 é a mais importante das dez primeiras emendas à Constituição americana, pois lida com a “liberdade de fala”, que diferencia o “caniço pensante” dos outros animais.

A Emenda n. 1 consagra a proibição de o Congresso elaborar lei estabelecendo religião oficial (como acontece formalmente na Inglaterra), vedando, ainda, qualquer “restrição à liberdade de fala, ou de imprensa” (*abridging the freedom of speech, or of the press*). A “liberdade de crença” (*freedom of belief*), que é o cimento que une todas as liberdades de expressão, não vem expressa na Emenda n. 1. Está implícita (Nowak, Rotunda, 2007, p. 599).

Madison, o principal artífice da Constituição, que era familiarizado com os constitucionalistas franceses, propôs, em 8 de junho de 1789, a seguinte redação para a futura Emenda n. 1:

The people shall not be deprived or abridged of their right to speak, to write, or to publish their sentiments, and the freedom of the press, as one of the great bulwarks of liberty, shall be inviolable.

A redação, como se percebe do texto, é extensa e traz, à francesa, valoração subjetiva da liberdade de imprensa (“um dos grandes bastiões da liberdade”). A redação foi rejeitada pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados. No Senado, a cláusula constitucional proposta foi alterada.

Na época da propositura da Emenda n. 1, prevaleciam as idéias de Sir William Blackstone (1723-1780), que já vinham impregnadas dos pensamentos de Locke (1632-1704) e John Milton (1608-1674). Blackstone, em sua monumental obra *Commentaries on the Laws of England*,⁶ colocava-se contra qualquer censura prévia à imprensa. Admitia, todavia, punição *a posteriori*, sobretudo quando a notícia veiculada fosse “imprópria, malévola ou ilegal” (*improper, mischievous, or illegal*). O próprio Madison, como registram os *Anais do Congresso* (n. 434), já havia insistido na tônica blackstoniana:

liberdade de imprensa é, na verdade, essencial à natureza do Estado, mas isso consiste em não impor restrição prévia às publicações, e não na liberdade de censura em matéria criminal quando publicada. Todo homem tem o indubitável direito de expressar publicamente o que lhe aprouver; proibir isso, seria destruir a liberdade de imprensa; mas, se ele publica o que é impróprio, malévolo ou ilegal, deve arcar com as conseqüências de sua própria temeridade.

Durante muitos anos, a liberdade de expressão prevaleceu com limitações nos Estados Unidos. A regra geral vigente era: não se admite censura prévia (*previous restraint*). O fato é que entre 1791, quando se ratificou o *Bill of Rights*, e a entrada dos Estados Unidos na Primeira Guerra Mundial, pouquíssimos casos envolvendo liberdade de imprensa chegaram à Suprema Corte. Com a Guerra, porém, pacifistas e religiosos começaram a concitar os jovens a não se alistarem. Expediam cartas e panfletos. Faziam piquetes. Pregavam cartazes. O Congresso, temendo conseqüências desastrosas, editou duas leis tipificando tais condutas como crimes (*Espionage Act* e *Sedition Act*). A Suprema Corte deu nova interpretação às *free speech and free press clauses* da Emenda n. 1. Oliver Holmes Jr. (1841-1935) e Louis Brandeis (1856-1941) criaram um critério para validar ou não a atitude antibélica: se houvesse um “perigo insofismável e iminente” (*Clear and Present Danger*) não se podia



invocar a proteção da Emenda n. 1. Assim, no Caso *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 51-52 (1919), discutiu-se a liberdade de expressão por meio de panfletos e circulares que concitavam os jovens a não se alistarem nas forças armadas. Holmes frisou em seu voto:

Nós admitimos que em muitos lugares e em épocas normais os réus ao dizer que tudo aquilo que foi dito na circular estariam em seus direitos constitucionais. Todavia, o caráter de cada ato depende das circunstâncias nas quais ele foi feito. A mais rigorosa proteção da liberdade de fala não protegeria um homem de, falsamente, gritar “fogo” no teatro e causar pânico... A questão, em cada caso, está (em saber) se as palavras usadas o foram de tal modo a criar um perigo claro e iminente (*a clear and present danger*), o qual causará males efetivos que o Congresso tem o direito de evitar.

No início da década de 1950, o critério *Clear and Present Danger* foi reexaminado (Nowak/Rotunda, 2007, p. 625). Nos anos 60, Fred Vinson (1890-1953) reformulou a teoria de Holmes e Brandeis: cabia ao Governo demonstrar que tinha um “interesse substancial” em afastar a proteção da Emenda n. 1. Felix Frankfurter (1882-1965) lembrou que a teoria do *Clear and Present Danger* pecava por sua inflexibilidade (Nowak/Rotunda, 2007, p. 625).

Quanto à liberdade de imprensa, sempre houve receio por parte de jornais e revistas na veiculação de notícias contra agentes públicos. Se tocava à imprensa divulgar atos escusos da administração pública, bem informando o cidadão, corria ela o risco de sofrer, por parte da autoridade pública, uma ação indenizatória por calúnia ou difamação (*libel suit*). Em 29 de março de 1960, aconteceu um fato que acabou por provocar novo conceito de liberdade de expressão pela imprensa. O *New York Times* daquele dia publicou matéria com o título *Heed Their Rising Voices* (Atentai aos seus Clamores). O objetivo dessa reportagem era levantar fundos para a defesa do líder negro Martin Luther King, acusado de sonegação fiscal estadual (Alabama). O chefe de polícia da cidade de Montgomery, *Comissioner* Sullivan, ainda que não tivesse tido seu nome citado expressamente pela reportagem, sentiu-se atingindo em sua honra funcional. Ajuizou, em decorrência, uma ação de indenização. O tribunal (*Circuit Court of Montgomery County*) fixou a indenização em 500 mil dólares. A sentença foi confirmada pela Suprema Corte do Alabama, que

teve a notícia veiculada pelo periódico como “difamatória em si” (*libelous per se*), onde “a falsidade e o dolo são presumidos” (*falsity and malice are presumed*). Houve, argumentou o acórdão, “irresponsabilidade” do jornal, que dispunha de arquivos para apurar antecipadamente a veracidade dos diversos fatos veiculados em matéria paga. E o *New York Times* não se preocupou com isso, agindo temerária e levianamente. A Suprema Corte dos Estados Unidos, ao julgar o caso (*New York Times Co. v. Sullivan*), deparou-se com diversas questões, inclusive processuais constitucionais: a Emenda n. 1 aplicava-se também a provimentos elaborados por legislativo estadual ou só era aplicável a leis do Congresso?

Ronald Dworkin (1996, p. 196), anos e anos depois da decisão de 1968, saudou o *Caso New York v. Sullivan* como a *modern foundation of the American law of free speech*. Tocou ao Justice William Brennan Jr., como dizemos aqui no Brasil, “lavar o acórdão”. Nesse marco judicial, discute-se até que ponto o órgão de divulgação de notícias ou idéias é responsável por aquilo que divulga. Até que ponto deve a direção do jornal ou revista responder por fatos noticiados, cuja veracidade não foi previamente checada. Entra em cena, então, a questão fática do *onus probandi*: cabe à entidade noticiosa provar que não agiu dolosamente (*without malice*) ou negligentemente (*recklessly*)? Exige-se “dolo direto” (*actual malice*)⁷ por parte da imprensa para que seja condenada no caso de ação judicial por ofensa à honra de autoridade pública? Até que ponto pode-se legalmente limitar as ações ajuizadas por servidores públicos contra jornais ou revistas se muitas dessas ações podem ter cunho puramente reparatório da honra e não visam à indenização pecuniária? A uma *libel law* estadual (no caso concreto, Alabama) pode-se aplicar a Emenda n. 1, que fala em “Congresso”? A incidência, então, se faria por força da Emenda n. 14?

A questão melindrosa da prova do “dolo direto” (*malice in fact* ou *actual malice*) já havia, evidentemente, sido ventilada em muitos outros casos que antecederam ao *New York Times Co. v. Sullivan*.⁸ Pois bem, ainda que possa ter havido, antes do julgamento em consideração, votos esparsos sobre a importância de uma imprensa livre, somente com *New York Times Co. v. Sullivan* é que a Suprema Corte garantiu a proteção de uma imprensa, ainda que imprecisa quanto aos fatos divulgados, e mesmo “apressada” quanto a notícias dadas. A possibilidade de indenizações polpudas por difamação ou calúnia não deixa de ser, no

fundo, uma barreira para a atuação de uma imprensa livre. O receio de condenação judicial - mais civil do que mesmo penal - pode funcionar como “bloqueador” da crítica a órgãos públicos, nem sempre atuando no interesse da coletividade. Daí ter ficado registrado no voto de Brennan Jr. que “(...) o medo de indenização por danos (...) pode ser, inquestionavelmente, mais inibidor do que o medo de condenação sob uma lei penal”.⁹ A decisão *New York Times* foi tão importante, que livros sobre o caso foram publicados a seguir.¹⁰ Houve quem pusesse em xeque se a investigação de Watergate teria chegado a bom termo se não fosse a preexistência do caso *New York Times* (Dworkin, 1996, pp. 195/6). Efetivamente, a espionagem feita por esbirros do Presidente Nixon na sede nacional do Partido Democrata em Washington (Edifício Watergate) levou a Suprema Corte, em julho de 1974, a permitir a divulgação dos papéis e fitas particulares do presidente da República, por entender que o Governo não havia comprovado que a divulgação de tais dados punha em risco interesses do país.

Em *New York Times*, Brennan, ao começar seu voto, ciente da importância do precedente *in fieri*, admoestou que:

(...) foi-nos solicitado, neste caso, determinar, pela primeira vez, até que ponto as proteções constitucionais de fala e de imprensa limitam o poder do Estado em conceder indenizações em ação por difamação aforada por um servidor público contra críticas de sua conduta funcional.¹¹

Mas, mesmo em país com democracia bem consolidada, como os Estados Unidos, não se pode deixar de vigiar pelos direitos fundamentais, ainda que tenham eles mais de duas centúrias de positivação constitucional. Por mais de uma vez, tenta-se alterar a redação da Emenda n. 1. Desde 1989 há notórias tentativas de mexer-se na Emenda n. 1 para evitar-se a queima da bandeira nacional, considerado pela Suprema Corte como liberdade de expressão. Em *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969), por exemplo, um rapaz, indignado com a notícia dada por rádio de que um líder negro havia sido assassinado, ateou publicamente fogo à bandeira nacional. Seu ato foi tipificado como crime. A Suprema Corte, porém, entendeu que por mais estapafúrdio e tresloucado que fosse seu gesto, o jovem estava exercendo direito de expressão, garantido pela Emenda n. 1. Em seu voto, o *Justice* Harlan consignou:

Nós crescemos que o desrespeito por nossa bandeira é de ser lamentado, tanto nesses tempos conturbados, quanto nos períodos mais tranquilos de nossa história (...). Todavia, não temos como manter uma condenação que se alicerça numa forma de expressão, ainda que condenável, que a Constituição tolera e protege.

Em outro caso - *United States v. Eichman*, 110 S. Ct. 2404 (1990) - a Suprema Corte, novamente conduzida por William Brennan Jr., com a adesão dos *Justices* Marshall, Blackmun, Scalia e Kennedy, decidiu que queimar bandeira norte-americana, vedada por uma lei federal de 1989,¹² era uma lúdica manifestação da liberdade de expressão política, e encontrava amparo na Emenda n. 1. A orientação foi a mesma do precedente *Texas v. Johnson*. 491 U.S. 397 (1989).

Em junho de 2006, por apenas um voto, o Senado deixou de aprovar projeto de emenda constitucional alterando a Emenda n. 1 para que ficasse constitucionalmente vedada a queima de bandeira nacional. Se passasse a proposta, a Suprema Corte já não mais teria como manter sua jurisprudência de liberdade de expressão, duramente conquistada através de séculos. Não resta dúvida de que a inserção na Emenda n. 1 da criminalização da queima ou destruição de bandeira será um retrocesso que interrompe evolução cevada no credo calvinista.

NOTAS

¹ PASCAL, Blaise. *Pensées*. “L’homme n’est qu’un roseau, le plus faible de la nature; mais c’est un roseau pensant” (Disponível em: <http://www.croixsens.net/pascal/index.php>. Acesso em: 26.11.2007).

² LASKI, Harold J., enfatiza que, no fundo, o segredo da liberdade de pensamento (*freedom of mind*) está na coragem de resistir (*Liberty in the modern state*. London: Penguin Books, 1937, p. 94).

³ LOEWENSTEIN, Karl. *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten*. Berlin: Springer, 1959, S. 4: “... die Fundamental Orders of Connecticut, erlassen in Hartford im Jahre 1638, kann wohl als die erste geschiebene Verfassung gelten und geht zeitlich dem mütterländischen Instrument of Government von Cromwell (1654) vor”. Georg JELLINEK lembra que as *Fundamental Orders of Connecticut* exerceram influência na elaboração do *Agreement of the People* inglês (*Teoría general del estado*. Trad, Fernando de los Rios. Montevideo: Julio César Faira, Editor, 2005, p. 631).



BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England* (Internet: <http://www.lonang.com/exlibris/blackstone/>).

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law – the moral reading of the American constitution*. Harvard University Press, 1996.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Trad, Fernando de los Rios. Montevideu: Julio César Faira, Editor, 2005.

LASKI, Harold J.. *Liberty in the modern state*. London: Penguin Books, 1937.

LEWIS, Anthony. *Make no law: the Sullivan case and the first amendment*. Random House.

LOEWENSTEIN, Karl. *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten*. Berlin: Springer, 1959.

NOWAK, John. ROTUNDA, Ronald. *Principles of constitutional law*. 3. ed. St. Paul, MN: Thomson/West, 2007.

PASCAL, Blaise. *Pensées*. Disponível em: <http://www.croixsens.net/pascal/index.php>. Acesso em: 26.11.2007.



⁴ *That the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament.*

⁵ A guilda *Stationer's Company*, de editores e vendedores de livros, foi fundada em 1403, obtendo o monopólio real em 1557 (Disponível em: <http://encyclopedia.farlex.com/Stationer's+Company>. Acesso em: 25.01.2008).

⁶ Os *Commentaries* podem ser consultados na íntegra pela Internet (<http://www.lonang.com/exlibris/blackstone/>).

⁷ Como no direito brasileiro, o direito americano distingue entre “dolo direto” (*actual malice ou malice in fact*) e “dolo eventual” (*malice in law*). A propósito, confira BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. St. Paul Minn.: West Publishing Co, 1979, p. 863.

⁸ *Charles Parker Co. v. Silver City Crystal Co.*, 142 Conn. 605, 618, 446 (1955); *Phoenix Newspaper, Inc. v. Choiser*, 82 Ariz. 271, 277, 278 (1957).

⁹ *The fear of damage awards (...) may be markedly more inhibiting than the fear of prosecution under a criminal statute.*

¹⁰ Anthony LEWIS, autor de *Gideon's Trumpet*, escreveu o livro *Make no law: The Sullivan case and the first amendment*, em sucessivas edições pela Random House.

¹¹ *We are required in this case to determine for the first time the extent to which the constitutional protections for speech and press limit a State's power to award damages in a libel action brought by a public official against critics of his official conduct.*

¹² *Flag Protection Act*. A Constituição Federal brasileira, em seu art. 13, § 1º, tem a bandeira como um dos símbolos nacionais. A Lei n. 5.700/1971, alterada pela Lei n. 8.421/1992, em seu art. 31, considera como contravenção penal manifestação de desrespeito aos símbolos nacionais. A destruição da bandeira, todavia, configura um crime, apenado com pena de detenção de 2 a 4 anos (Decreto-Lei n. 898/1969, art. 44).

REFERÊNCIAS

Disponível em: <http://encyclopedia.farlex.com/Stationer's+Company>. Acesso em: 25.01.2008.

Disponível em: <http://www.croixsens.net/pascal/index.php>. Acesso em: 26.11.2007.

BLACK, Henry Campbell. *Law dictionary*. St. Paul Minn.: West Publishing Co, 1979.

**VARIAÇÕES IMPOPULARES SOBRE A
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

João Baptista Villela

*Professor Emérito na Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Minas Gerais*



VARIAÇÕES IMPOPULARES SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

João Baptista Villela

Sumário: 1. Dignidade da pessoa humana: força e fatuidade. 2. Banalizando a expressão. 3. Mais dignos e menos dignos? 4. O vigor como critério. 5. Redução fetal. 6. Anencefalia e síndrome de Werdnig-Hoffmann. 7. Apallisches Syndrom. 8. Diagnóstico genético pré-implantacional (DGPI). 9. Tudo pelo mais forte. 10. “Mas com gente é diferente”. 11. De volta ao aborto. 12. A autonomia essencial do self. 13. Nós e os outros. 14. Intervenção sobre a natureza: um bem em si? 15. Democracia e dignidade da pessoa humana.

1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: FORÇA E FATUIDADE

Dignidade da pessoa humana: poucas expressões terão, ao mesmo tempo, tanta força no que dizem e tanta fatuidade no que escondem.

É por ela que se designa a alma do projeto humano. Com *dignidade da pessoa humana* queremos traduzir a intangibilidade de cada um dos indivíduos que participam do ser *homem*. Para além de todas as circunstâncias de tempo e de lugar. Da cultura. Dos atributos étnicos. Do sexo. Da idade. Da saúde, do vício e da virtude. É a ela que nos reportamos para condenar a tortura, as penas infamantes, o abandono, o ódio, o desprezo, o horror e a guerra. É ela que nos move a assistir os enfermos e os desabrigados. Acolher os oprimidos e alimentar os que têm fome.

Tudo isso sintetizou Regine Kather em primoroso estudo sobre a pessoa:

Dignidade não pode ser, portanto, atribuída a um ser humano ou dele retirada. Não é algo que teríamos de alcançar ao cabo de um penoso processo de consenso. Ela não pode ser adquirida nem vir a ser perdida. O que simplesmente podemos é merecê-la ou feri-la¹.

Em síntese: A dignidade da pessoa humana é o eixo central de toda a articulação ética a que estamos socialmente preordenados e constitui, enfim, especialmente nas culturas ocidentais, a mais alta expressão de convergência social a que fomos capazes de chegar.

Sendo assim uma rara e feliz criação do espírito, natural foi que a expressão viesse a ser tão largamente invocada. Claro: Quem não aspira a ver suas idéias abençoadas com o selo do melhor, do irreparável e do inexcedível?

2. BANALIZANDO A EXPRESSÃO

Dignidade da pessoa humana acabou por ganhar, assim, a propriedade de servir a tudo. De ser usado onde cabe com acerto pleno, onde convém com adequação discutível e onde definitivamente não é o seu lugar. Empobreceu-se. Esvaziou-se. Tornou-se um tropo oratório que tende à flacidez absoluta.

Alguém acha que deve ter melhores salários? Pois que se elevem: uma simples questão de *dignidade da pessoa humana*. Faltam às estradas condições ideais de tráfego? É a própria *dignidade da pessoa humana* que exige sua melhoria. O semáforo desregulou-se em consequência de chuvas inesperadas? Ora, substituam-no imediatamente: A *dignidade da pessoa humana* não pode esperar. É ela própria, a *dignidade da pessoa humana*, que se vê lesada quando a circulação viária das cidades não funciona impecavelmente 24 horas por dia. O inquilino se atrasou com os alugueres? Despejem-no o quanto antes: Fere a *dignidade da pessoa humana* ver-se o locador privado, ainda que por um só dia, dos direitos que a locação lhe assegura.

¹ Person: Die Begründung menschlicher Identität. Darmstadt: Wissenschaftl. Buchgesellschaft, 2007 ©, S. 7.



Estarei exagerando? Não creio. Em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, a ementa, em perfeita convergência com o voto vencedor, registrava:

São válidas as doações promovidas, na constância do casamento, por cônjuges que contraíram matrimônio pelo regime da separação legal de bens, por três motivos: [...] (ii) o fundamento que justifica a restrição aos atos praticados por homens maiores de sessenta anos ou mulheres maiores que cinqüenta, presente à época em que promulgado o CC/16, não mais se justifica nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; [...]².

Reflita-se bem: Depois de tal juízo, haveria ainda que nomear outros motivos, como indica a ementa? Sob ângulo diverso: Se uma tênue restrição ao auto-regramento patrimonial dos cônjuges tem mesmo a força de ofender o princípio da dignidade da pessoa humana, a respectiva fragilidade acaba, no limite, por fazê-la inepta a servir de base ao ordenamento jurídico. Sensível e delicada ao extremo, sem resistências nem imunidades, não poderia estar no epicentro de um sistema de regras que lida com a brutalidade da vida.

Aqui, está-se vendo, a dignidade se esgarça ao limite da total ineficácia. Como um princípio ativo que, devendo funcionar em concentração máxima, se vê diluído em solução de 1 por 1.000.

3. MAIS DIGNOS E MENOS DIGNOS?

Se, de um lado, a idéia se torna frouxa por desmesurada ampliação, em outras situações sofre por indevido encurtamento.

Vejamos:

Uma legislação, como a brasileira, que criminaliza o aborto, o faz em nome do respeito à vida. É rigorosamente certo dizer-se então que a proibição se inspira na dignidade da pessoa humana. Mas se esta formulação procede, em nome do que se permite o aborto em caso de estupro? A resposta não se faz esperar: O estupro expõe a mãe a intenso

² REsp n. 471.958-RS (2002/0136764-8), acórdão de 18 dez. 2008.

constrangimento. Cria situações socialmente embaraçosas. Chegando a gravidez a termo, a mãe será permanentemente, enquanto viver o filho de suas entranhas, reenviada ao trauma da violência. O filho fará o criminoso constantemente presente ao seu espírito.

São registros absolutamente verdadeiros. Quem os poderia negar? Mas o que significa, nas últimas conseqüências, a permissão do aborto, mesmo presentes todas essas e outras mais circunstâncias? Significa que o feto oriundo do estupro, tão puro e inocente como quaisquer outros, mesmo aqueles concebidos na sagrada intimidade do mais casto matrimônio, estará sendo havido por *menos digno* que a mãe. É manifesto, pois, poder-se dizer que a dignidade da pessoa humana aqui sofre limitações. Não é outro o resultado de qualquer distinção que separe fetos resultantes de estupro de fetos que nascerão de outros ajuntamentos.

Nem é substancialmente diversa a hipótese da excludente de criminalidade abortiva quando a intervenção se faz para salvar a vida da gestante. Prioriza-se então a vida da mãe. Em nome do quê? Certamente, em rigor, não da dignidade da pessoa humana, pois tão digna quanto a vida da gestante é a vida do filho que carrega em seu ventre. Cabulações para a assimetria não faltam: legítima defesa ou estado de necessidade, por exemplo. Dizer que se trata de uma reação legítima em razão do risco, cuja eliminação tem como efeito a eliminação do feto, importa fazer do filho um agressor: tudo o que ele não é, até porque sequer pediu para ser gerado.

Tão destituída de real fundamento ético é priorizar a vida da gestante quanto, ao contrário, preferir a vida do feto. Sim, pensamento neste sentido já se manifestou – salvar o feto e deixar morrer a gestante. Atribuiu-se esta igual enormidade, com ou sem razão, à doutrina católica. Justificativa? A de que uma vida nova seria também uma voz nova da criação para louvar ao Senhor. Como se o Senhor fosse um ser carente e guloso de honrarias. Gestante e feto têm igual dignidade e é intrinsecamente perversa qualquer intervenção que sacrifique um em detrimento de outro.

Não é sem amarga ironia que Leon R. Kass observa o paradoxo que é o tratamento de uma deficiência genética da mulher pela eliminação de uma vida:

[...] aborto por defeito genético é uma peculiar inovação em medicina (ou em medicina preventiva) na qual uma doença é tratada pela eliminação do paciente (ou, se se preferir, a doença é prevenida pela ‘prevenção’ do paciente)³.

Talvez o texto de Kass ganhasse em precisão e nada perdesse em ironia se, ao invés de *paciente* (que o feto, em rigor, não é), dissesse *acompanhante*: o acompanhante compulsório da paciente ...

Outra possível escusa para preferir a vida da gestante: A gestante tem plenamente consumado o atributo da personalidade, ao passo que o feto só o terá, se nascer com vida (Código Civil, art. 2º). Enquanto não nasce é apenas um *projeto* de pessoa. Ora, mas não é a própria lei que manda pôr a salvo os seus direitos “desde a concepção” (Código Civil, art. 2º, *in fine*)? E não é um princípio basilar das melhores culturas jurídicas que o nascituro se considera já nascido, sempre que do seu interesse se tratar – *Nasciturus pro jam nato habetur, quoties de ejus commodo agitur*? Ou, como está literalmente no Digesto: “*Quod dicimus, eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, quum de ipsius iure quaeritur*” (Dig., 50, 16, 231)? E já não estava também no Digesto que a calamidade da mãe não deve prejudicar o filho concebido – *[N]on debet calamitas matris nocere ei qui in ventre est* (Dig., 1, 5, 5, § 2, *in fine*)? Mudaram-se os valores ou mudamos nós?

A cogitação de uma *personalidade plena* (a da mãe), a que se contraporía uma personalidade, digamos, *semi-plena* ou incipiente (a do feto) e que estaria na base na preferência pela vida da gestante⁴, é intrinsecamente oposta a idéia de dignidade da pessoa humana. Mesmo que não se qualifique o *nasciturus* como *pessoa*, segundo as legislações ordinárias que, como a brasileira, exigem para tanto o nascimento com vida (cf. Cód. Civ., art. 2º), trata-se aqui de um predicado *estipulativo*. Em outros termos: Ao contrário da dignidade, que “não pode ser adquirida nem vir a ser perdida” (Kather, *supra*, n. 1), o atributo de pessoa para fins práticos do direito pode ser dado ou negado, conforme parâmetros

³ *Life, Liberty and the Defense of Dignity: The Challenge for Bioethics*. Paperback ed., San Francisco: Encounter Books, 2004, p. 110.

⁴ Cf. a propósito AYLLÓN, Jesús. Biotecnología y dignidad humana en la jurisprudencia. In: MARTÍNEZ MORÁN, Narciso (coord.). *Biotecnología, derecho y dignidad humana*. Albolote: Comares, 2003, p. 91 *et seq.*

da política legislativa de cada Estado. Pode inclusive ser dado apenas para alguns efeitos ou negado para outros, como é comum acontecer com as *peessoas* jurídicas. O que não pode haver, o que se opõe ao próprio conceito, é uma dignidade de que participe a gestante e não participe, na mesma medida, o feto. Aqui se trata de vê-los na ordem da vida. E na ordem da vida não há gradação. O hígido não vale mais que o enfermo nem o idoso menos que o jovem.

Muito a propósito observa Tiedemann:

[...] seres humanos devem ser reconhecidos como pessoas também quando eles não se constituem ainda em pessoas. Cada indivíduo humano que, na conformidade da sua natural providura [*Ausstattung*], dispõe da capacidade de desenvolver-se no sentido de uma pessoa, deve ser reconhecido como portador da dignidade humana. Tais indivíduos podem não ser ainda pessoas, nós os devemos, entretanto, tratar como se já o fossem. Se se quiser, pode-se-lhes dar a designação de *quase-pessoa* ou *pessoa potencial*. A dignidade humana corresponde assim também à criança, ao feto e ao embrião⁵.

4. O VIGOR COMO CRITÉRIO

Força nada tem a ver com dignidade da pessoa humana. O que importa é o que as Constituições protegem é a vida. A vida em si mesma. Não a potencialidade de sua duração. Nem sua aptidão de resistir à morte. Especulações dessa ordem interessam às agências de seguro de vida e aos planos de saúde. Mas não entram no espectro do direito quando afirma a imanente dignidade da pessoa humana. De resto, na pauta dos direitos fundamentais, seria um exercício fútil e fadado ao permanente descrédito. Como revela a história e não desmente a ciência.

Uma tentativa canhestra, por exemplo, de calibrar a força vital ou a resistência oferecida à morte foi a do Código Civil Francês, nos arts. 720 a 722, para o caso de comorientes. Era um especioso sistema que combinava idade e sexo para apurar quem sobreviveu a quem. Ao que se saiba nunca mereceu aplausos e acabou sendo, na própria França, revogado pela Lei

⁵ TIEDEMANN, Paul. *Was ist Menschenwürde? Eine Einführung*. Darmstadt: Wissenschaftl. Buchgemeinschaft, 2006 ©, S. 113.



n. 2001-1135, de 03 de dezembro de 2001. Na Inglaterra, pelo *Law of Property Act*, de 1925, tal como interpretado majoritariamente pela *House of Lords*, a presunção de sobrevivência do mais jovem sobre o mais idoso, em casos que envolvem disputas de propriedade, não cede sequer quando há indícios de que as mortes se produziram simultaneamente⁶. Não faz mal lembrar, a propósito, que a natureza é exímia em nos pregar peças quando não policiamos nossos impulsos de lhe passar lições. Em gestações múltiplas, há casos em que, nascidos os fetos, apura-se que o aparentemente mais forte é o que morre, enquanto sobrevivem os que sugeriam maior debilidade⁷.

Pior que tudo, porém: A premissa de que vidas humanas possam, em quaisquer situações, ter graus diferentes de plenitude, carrega em si o perigo de esconder aberrações como as do nacional-socialismo, na Alemanha, em que se rotularam vidas como destituídas de valor (*lebensunwerte Leben*)⁸.

Desde o Código Civil de 1916, que não alcançou sequer um século de vigência a partir de quando foi aprovado, convivemos por muito tempo com uma legislação fortemente discriminatória dos filhos extramatrimoniais. Os filhos incestuosos e os adulterinos, ao tempo de sua promulgação, não podiam ser reconhecidos. Aqueles cujos pais não podiam casar entre si recebiam a qualificação nada lisonjeira de *espúrios*. Prevalencia, tal como hoje em matéria de aborto, a cultura pífida de transferir aos filhos a conduta dos pais. Situação cuja iniquidade extrema conduziu Cimbali a explodir em indignação:

Estranha, de fato, a lógica desta sociedade e a justiça destes legisladores que, com deslavado cinismo, subvertem por completo os princípios mais sagrados da responsabilidade humana, fazendo do réu a vítima e da vítima o réu, condenado a expiar

⁶ Cf. JOLOWICZ, H. F. Some Curiosities in the History of the Commorientes Rule. In: ARANGIO-RUIZ, Vincenzo et alii. *Festschrift Fritz Schulz*. Bd. 2, Weimar: Hermann Böhlau Nachf., 1951, S. 289.

⁷ Escrevendo sobre a criteriologia médica para a escolha dos *morituri*, no caso de gravidez múltipla, observa Pastore: “De resto, os médicos tendem a optar pelos menores, pelos que apresentam batimentos cardíacos mais fracos e por aqueles de mais fácil acesso à injeção de cloreto de potássio. Apesar da aparência de critério científico, é pura aposta. Há casos de gravidezes múltiplas em que, depois do nascimento, morre exatamente o mais robusto e sobrevivem os que, no útero materno, davam sinais de extrema fraqueza”: PASTORE, Karina. A Escolha mais Difícil. *Vêja*, [São Paulo], 03 fev. 1999, pp. 81/82.

⁸ Informações confiáveis dão conta de que 400.000 pessoas foram esterilizadas compulsoriamente e 300.000 doentes ou incapacitados simplesmente eliminados porque suas vidas eram *destituídas de valor*.

inexoravelmente a pena de um delito que jamais cometeu: *patres nostri peccaverunt, et nos peccata eorum portamus!*⁹.

Do Código Civil de 1916 para frente uma lenta, mas contínua evolução na condição dos filhos extramatrimoniais se processou até que viesse a encontrar na Constituição da República, de 1988, o seu termo mais completo e acabado:

Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (Art. 227, § 6º).

Ou seja, a evolução foi segmentar: Só apanhou os filhos *depois* de nascidos. A opressão hoje tem outro formato, mas continua sendo impingida pelos adultos contra os que não podem falar por seus direitos. Onde fica a dignidade da pessoa humana? Será que não seria o caso de resgatar a expressão *espúrios*, tornada obsoleta para designar os filhos nascidos, e aplicá-la aos por nascer, condenados *a priori* ao extermínio? *Fetos espúrios*: Que tal? Horrível ao ponto de causar engulhos, mas tecnicamente perfeita.

5. REDUÇÃO FETAL

— *Mais para a direita... Não, não... Um pouco mais para a esquerda... Agora, para cima...*

Enquanto o médico falava, a tela do aparelho de ultra-sonografia estampava a imagem de quatro fetos. Na 12ª semana de gestação, quatro corações pulsavam com vigor. Ao lado da máquina, deitada sobre uma maca, a mãe chorava. Há um ano a economista A.L.M., de 29 anos, tentava engravidar. Passou por meia dúzia de centros de reprodução assistida. Em vão. No último, indicaram-lhe injeções de gonadotrofina, o hormônio estimulante da ovulação. No primeiro mês, nada. No seguinte, quatro óvulos, a fecundação... e os quatro fetos.

— *Por favor, não se mexa* — pedia o outro médico, tentando impedir o sobe-e-desce da barriga da moça em prantos.

⁹ CIMBALI, Enrico. *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*. 4. ed., Torino: UTET, 1907, p. 146.



— *Isso!* — anunciou o primeiro doutor. A agulha de aproximadamente 15 centímetros de comprimento e 1 milímetro de diâmetro chegara a seu destino: o coraçãozinho de um dos fetos. O segundo médico disparou a injeção. Cloreto de potássio. Parada cardíaca. Morte. A.L.M. virou o rosto. Soluçava. Com a mesma punção no abdome da mãe, a agulha alcançou o coração de outro bebê. Cloreto de potássio. Parada cardíaca. Morte.

Quarenta minutos e A.L.M. deixava a clínica. Não era mais a gestante de quadrigêmeos, mas apenas de gêmeos. Hoje, às vésperas de completar oito meses de gravidez, os bebês remanescentes estão prestes a nascer. ‘Prefiro não pensar sobre o que foi feito dos outros’, diz a mãe. Medindo 6 centímetros cada um, depois de quatro semanas, foram absorvidos pelo organismo materno. ‘Tento imaginar que não existiram.’ A.L.M. tenta. Mas, não importa quanto tente, o sentimento de luto existe. Ela não engravidou sem querer. Ao contrário — como desejava ter um bebê! ‘Fiz o que fiz pelo bem desses dois que carrego no ventre’, defende ela. Ninguém, além do marido e de uma amiga, sabe do sacrifício, algo que os médicos, na fria linguagem técnica, chamam apenas de ‘redução embrionária’¹⁰.

Este texto forte, austero, desconcertante e comovente de Karina Pastore fala por si mesmo. Qualquer comentário que se lhe acrescente corre o risco de fazer o seu foco menos nítido e incisivo. Fique-se por aqui.

6. ANENCEFALIA E SÍNDROME DE WERDNIIG-HOFFMANN

A sorte dos fetos anencefálicos nunca esteve tanto sob discussão no Brasil. Da mídia ao Supremo Tribunal Federal muito se falou a respeito nos últimos meses. Não é o caso de repassar aqui os argumentos que se invocam para autorizar o seu aborto ou para negá-lo. Este não é o propósito destes apontamentos. Mas há algo de tão contraditório com a dignidade da pessoa humana no discurso concessivo do aborto de fetos anencéfalos que não poderia faltar quando se trata de pinçar nichos de impopularidade. O raciocínio provavelmente mais levantado para

¹⁰ PASTORE, Karina. *A Escolha ...*, cit., p. 80.

justificar a prática abortiva é o tempo, em regra extremamente breve, de vida pós-uterina dos anencéfalos. Pois bem, há uma doença genética de escassíssima ocorrência, chamada síndrome de Werdnig-Hoffman ou amiotrofia espinal progressiva. Segundo consta, sem cura, mortal e, quando atinge crianças, estas raramente alcançam um ano de idade. Se o argumento da vida breve vale para os anencéfalos, vale também para os portadores da síndrome de Werdnig-Hoffmann? Se é o caso de associar à brevidade da vida o sofrimento dos pais, será que os pais de crianças amiotróficas sentem-se melhores? Ou se sentem piores, por conviver mais tempo com a criança enferma e prestes a morrer? E se sentem melhores ou piores, qual o estalão para medir o sofrimento?

Bem, é fato que não são apenas anencéfalos e amiotróficos os que têm sobrevida presumivelmente curta. Quantos não recebem esse prognóstico? Muitos portadores de câncer, por exemplo. Devem ter o mesmo destino, isto é, suas vidas desde logo suprimidas? E se não devem, é porque suas vidas têm dignidade humana e a dos anencéfalos não? Estes, diz-se, não tem massa encefálica ou a tem muito reduzida. Mas não são apenas eles. Há também perdas encefálicas por força de acidentes. Se o critério é prestável, qual a *quantidade* de encéfalo, a partir da qual a dignidade humana se instaura? Ou abaixo da qual ela se extingue?

7. APALLISCHES SYNDROM

No chamado *apallisches Syndrom*, descrito pelo psiquiatra alemão Ernst Kretschmer, em 1940, a massa cerebral está lá, mas as funções se encontram gravemente comprometidas. Então o critério da quantidade já não serviria. E ter-se-ia que recorrer à funcionalidade, muito menos fácil de medir ou controlar. Considera-se pouco provável que o paciente que sofre do *apallisches Syndrom* possa se comunicar. Mas, surpresa e alívio: Há pouquíssimo tempo, Nils Bierbaumer (2005) conseguiu, com seu grupo de trabalho, fornecer indicações de que a qualidade de vida das pessoas em *coma vigil* ou *lucid stupor*, que vêm a ser, respectivamente, as designações latina e inglesa para o *Wachkoma* ou *apallisches Syndrom*, é *amplamente melhor* do que nós supomos *de fora*. Dado inquietante. Por que seria melhor do que imaginamos? O achado pode estar questionando nossos parâmetros de felicidade. Nossos, isto é, de quem não está em

coma vigile e aos quais podem faltar elementos para avaliar as sensações de quem se acha submetido a outras condições de vida. Para estes estão ausentes muitos ou todos os ingredientes básicos com os quais construímos nossos projetos de bem-estar: comunicação, relações, gosto, etc. E daí? Daí não seria o caso de admitir, mais do que a nossa cultura parece inclinada a fazer, que a dignidade da pessoa humana pode ter uma dimensão a bem dizer infinita de universalidade?

8. DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL (DGPI)

Desnecessário insistir, inútil maquiagem: Onde quer que vidas humanas estejam sendo preteridas em favor de outras ou descartadas em nome da qualidade biológica, aí está presente, expressa ou recolhida, a submissão da dignidade ao juízo utilitário, isto é, à prática da eugenia. A eugenia é uma sedução antiga da humanidade e esteve bem presente já na cultura de Esparta. Nada há a opor em que o engenho humano se aplique em aprimorar a qualidade da vida desde antes de sua manifestação. Sob este aspecto, só cabe saudar e aplaudir os avanços da medicina, em especial os da genética e os da medicina gênica. No caso do teratoma sacrocóccigeo ou do corioangioma placentário, por exemplo, os recursos da cirurgia fetal e da fetoscopia podem salvar vidas. Sem pôr outras a risco. O conhecimento aprofundado da fisiologia da reprodução, os exames intra-uterinos e os tratamentos que conduzam à eliminação de doenças ou predisposições patológicas inatas, assim como todo o *know-how* que favorece a geração e gestação de vidas saudáveis devem constituir núcleos fundamentais de uma boa política de saúde. Até aí a dignidade não está arranhada. Ao contrário, acha-se promovida e empurra o mundo para um estágio melhor.

O que, sim, ofende a dignidade humana é fazer da melhoria genética um fim em si mesmo, um benefício que se desenvolve na pauta da lógica utilitária e não uma preordenação de esforços, cujo fim último esteja a serviço da pessoa.

Sabe-se que pelo chamado *diagnóstico genético pré-implantacional* podem ser diagnosticadas cerca de 130 enfermidades genéticas e cromossômicas, entre as quais a distrofia muscular progressiva e a fibrose cística. Foi graças à técnica que recentemente um casal, no que pode ser a primeira ocorrência no Brasil, conseguiu reduzir drasticamente a

possibilidade de que seu filho viesse ou venha a ser portador da síndrome de paramiloidose¹¹. Resultados menos significativos, mas nem por isso desprezíveis (sempre do ponto de vista utilitário) foi anunciado há pouco por médicos britânicos: o nascimento de uma criança do sexo feminino, que não terá câncer de mama e do ovário determinado pelo gene BRCA1, em razão também do diagnóstico genético pré-implantacional e a conseqüente conduta intervencionista sobre embriões¹².

Quer no caso da prevenção da síndrome de paramiloidose, quer no da redução dos riscos de câncer de mama e de ovário, os resultados prometidos representam enormes ganhos para a saúde dos futuros bebês, cujos pais lhes poderiam estar transmitindo o peso de uma indesejável herança genética. Ótimo. Mas não se pode deixar de trazer ao debate os custos éticos envolvidos, suficientemente graves para que sejam eliminados como de menor expressão.

No caso do gene BRCA1, Salmo Raskin, presidente da Sociedade Brasileira de Genética Médica, chama a atenção:

O teste feito no embrião não livra a menina de vir a ter câncer de mama ou de ovário. Ela simplesmente passa a ter o mesmo risco que qualquer mulher da população¹³.

Raskin não pára por aí e suscita outro questionamento: “[s]eria ético descartar um embrião apenas pela predisposição de um dia ter um câncer?”¹⁴. E acrescenta: “Em média 30% das pessoas com essa mutação genética serão indivíduos saudáveis”¹⁵.

9. TUDO PELO MAIS FORTE

É preciso decodificar a linguagem quando se atribui à natureza uma inclinação ética favorável, embora tanto se fale de *bondade natural*,

¹¹ Cf. MANTOVANI, Flávia. Casal faz FIV para Impedir Doença Genética. *Folha de S. Paulo*, [São Paulo], 1º fev. 2009, p. C6.

¹² Cf. COLLUCI, Cláudia. Selecionado, Bebê Nasce sem Gene que gera Câncer de Mama. *Folha de S. Paulo*, [São Paulo], 10 jan. 2009, p. C5.

¹³ Opinião transcrita em COLLUCI. Selecionado ..., cit., p. C5.

¹⁴ Cf. COLLUCI. Selecionado ..., cit., p. C5. A expressão não é textual de Raskin.

¹⁵ Opinião transcrita em COLLUCI. Selecionado ..., cit., p. C5.



do *bom selvagem*, etc. Ética só pode existir ali onde há liberdade e a natureza não é o espaço da liberdade, senão o do determinismo. Como quer que seja, parece inquestionável que a natureza, como expressão da vida, tende à auto-preservação. Em sentido figurado admite-se, pois, que se fale da força curativa da natureza e mesmo de uma *sabedoria natural*, espécie de *phrónēsis* biológica, que o sábio deve propor-se a descobrir, ler e interpretar.

Há duas situações especiais em que a medicina gênica tem intervindo precisamente para contrariar o que se poderia chamar, em linguagem figurada, de *solidariedade natural*. Contra essa tendência, faz prevalecer os seus critérios utilitários. São elas a síndrome de transfusão feto-fetal e a transfusão arterial reversa, também conhecida por feto acárdico.

No caso de transfusão feto-fetal, que ocorre entre gêmeos idênticos, um dos fetos libera sangue para o outro, com o que se debilita, isto é, debilita-se em favor do irmão e, com isso, põe em risco sua própria sobrevivência. Entregues à força da natureza, a possibilidade de que ambos os fetos não vinguem chega a 90%. A intervenção gênica recorre ao laser para cortar os vasos comunicantes ao nível da superfície placentária e assim elevar as chances de sobrevivência do feto mais forte.

No feto acárdico, um dos irmãos sofre de um problema grave no coração e não teria como sobreviver. O gêmeo saudável bombeia então sangue para si mesmo e para o irmão, com o que sobrecarrega o próprio sistema circulatório. Um comportamento *solidário*, mas que a medicina considera *doentio*. Solução? Cortar o aporte de sangue para o feto debilitado e elevar (à custa dele, claro) para 90% as chances de sobrevivência do feto normal.

“É de pequeno que se torce o pepino”: Ato falho de um redator que assim noticiava essas *conquistas* da medicina?¹⁶.

10. “MAS COM GENTE É DIFERENTE”

Estes versos imortais de Geraldo Vandré em *Disparada* quem não os conhece?

¹⁶ Cf. OLIVEIRA, Cida de. Na Barriga da Mãe. *Saúde*, [São Paulo], out. 2008, p. 58.

*porque gado a gente marca
Tange, ferra, engorda e mata
mas com gente é diferente.*

Por que trazê-los aqui e agora? Não é raro que na veia poética se manifestem, com singular força de expressão, idéias e valores caídos em imerecido esquecimento ou desconstruídos na voragem midiática a que nada escapa. Pois estes versos de Vandrê nos fazem recordar – *avant la lettre*, pois que são dos anos 60 do século XX, quando a euforia biotecnológica estava longe de alcançar os picos de excitação que hoje conhecemos – nos vem recordar, dizia-se, que a ciência, a arte e a virtude da genética humana não são uma zootecnia. Os limites a que estão sujeitas são precisamente os da dignidade. Que significam aqui a exclusão de qualquer procedimento que importe fazer uma vida humana preferível a outra em qualquer situação. A dignidade humana é um predicamento inelástico. Existe em estado de dilatação máxima e igual para todos os seres humanos.

E por fim cabe lembrar: Promoção da saúde humana não é o mesmo que aprimoramento genético de rebanho. E gente não tem *pedigree*. Tem dignidade. Pouco importa de quem proceda. Basta que seja *nascido de mulher*, para usar a expressão forte, singela e perfeita das Escrituras.

11. DE VOLTA AO ABORTO

Se pela Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005, a chamada *Lei de Biossegurança*, os genitores devem intervir, um e outro, na destinação dos embriões congelados, mesmo sendo inviáveis ou pós-maturos (Art. 5º, I e II), não deveria, por maior razão, ser também conjunta a decisão para o caso de aborto necessário ou resultante de estupro (*cf. infra*, n. 12)? O estuprador é alguém cuja conduta merece a mais decidida repulsa e a mais exemplar reparação. Muito bem. Mas, se é humano, é dotado de dignidade. Vindo a nascer o filho, produto de crime hediondo quanto possa ser, o pai, ainda assim, será co-titular do poder familiar. Terá o direito de educar o filho, amá-lo, zelar pela sua segurança, pelo seu bem, pela sua felicidade, em suma. Ora, se se deve eliminar o feto, para cuja formação o estuprador contribuiu, não haveria de ele também – tão pai quanto a gestante é mãe – ser ouvido? Dar à gestante, nas condições em



que o aborto é permitido, o direito de decidir sem a intervenção do pai não é voltar à arcaica percepção do feto como porção da mulher ou de suas vísceras?

Outra solução, lógica, mas nem por isso necessariamente justa, seria negar ao pai *ex ante* a titularidade ou o exercício do poder familiar. Negar a titularidade, em absoluto – vale dizer, em caráter *definitivo* –, para qualquer pai ou qualquer mãe tem as tintas fortes da crueldade e embora o Código Civil preveja a hipótese (art. 1.638), é de se pôr em dúvida sua constitucionalidade. Exprime privação cuja prática fere os mesmos sentimentos que levam à proscrição da pena de caráter perpétuo (cf. Constituição da República, art. 5º, XLVII, b). De qualquer forma, retirar a titularidade ou o exercício do poder familiar só tem a ver com o comportamento impróprio em relação ao menor. Não em relação à sua mãe. Ora, nenhum ato de hostilidade ao filho pode ser imputado ao estuprador, pelo só fato do estupro. A vítima é a mãe, não o filho.

12. A AUTONOMIA ESSENCIAL DO SELF

Uma longa evolução no conceito de pessoa levou a que é essencial à sua constituição o poder de afirmar-se e auto-regular-se.

Entre os romanos chegou-se a admitir que o feto não tivesse individualidade própria, senão que era parte da mulher ou das respectivas vísceras. Nas palavras precisas de Ulpiano:

[...] *partus enim, antequam edatur, mulier portio est vel viscerum* (Dig., 25, 4, 1, § 1).

De lá para cá, não só mudaram as informações sobre a fisiologia da reprodução, como se foi compreendendo que o feto detinha uma individualidade própria, incluindo um código genético, irredutível ao código da mãe e ao do pai.

Por outra parte, as relações jurídicas e sociais entre o pai e o filho deslocaram-se de pauta. Antigamente, em Roma, o chefe de família dispunha sobre todas as pessoas submetidas à sua magistratura do chamado poder de vida e de morte – *potestas vitae necisque*. Em relação à mulher casada e aos descendentes desaparecerá este direito somente

no curso do Império, subsistindo até o século II d.C. em face dos escravos¹⁷.

A própria noção de *patria potestas* foi-se afinando, depurando, até chegar à concepção atual que faz dela um poder-dever estritamente funcional, isto é, um conjunto de prerrogativas preordenadas ao bem do filho. Ganhou o sentido de autoridade, segundo o corte de *serviço* que lhe dão os Evangelhos¹⁸.

Na verdade, os pais não têm poder *sobre* os filhos. Têm, sim, autoridade *relativamente* a eles. Poder *sobre* só tem o proprietário em relação à coisa: *potestas in re*.

Ninguém deixará de admitir que a idéia de poder *sobre* não cabe em relação aos filhos, precisamente pela sua dignidade imanente. São pessoas e como tais, constituem seres intangíveis, em tudo quanto possa constituir uma lesão, seja atual, seja potencial, à sua integridade física ou psíquica.

Sendo assim, é inadmissível, segundo a consciência que se têm hoje de autoridade parental e do que representa uma vida que se autonomizou em relação aos respectivos genitores, a solução da Lei n. 11.105/2005, no seu art. 5º, § 1º (*cf. supra*, n. 11). Dispõe-se ali que a utilização “para fins de pesquisa e terapia” de células-tronco obtidas de embriões humanos “produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento”, depende de os genitores consentirem.

Ora, deixando de parte, agora, a solução do art. 5º, *caput*, iníqua em que pese a ter sido julgada constitucional, só se pode qualificar de profundamente equívoco o § 1º. Os genitores, assim como não serão *donos* dos embriões tornados pessoas pelo nascimento com vida, assim também não têm direito de disposição sobre o embrião antes que amadureça plenamente. Um homem pode lançar fora, como queira,

¹⁷ Cf. MONIER, Raymond. *Vocabulaire de droit romain*. 4. éd., Paris: Domat-Montchrestien, 1949, p. 168.

¹⁸ A Lei francesa n. 40-459 substituiu *puissance paternelle*, equivalente exato de *pátrio poder*, que se usava também entre nós, por *autorité parentale*. Propus, quando o Projeto de que resultou o atual Código Civil Brasileiro estava no Senado Federal, que a velha expressão *pátrio poder* que nele ainda persistia, fosse mudada para *autoridade parental*, na linha da reforma francesa: cf. VILLELA, João Baptista. *O Direito de Família no Senado: Emendas ao Projeto de Código Civil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1985, pp. 26/27. A sugestão não foi acolhida e acabou prevalecendo *poder familiar*, pior – porque mais difusa e imprecisa – do que *pátrio poder*, do velho Código de 1916.

o seu sêmen. Igual poder assiste à mulher sobre os seus óvulos. Mas, uma vez constituído o zigoto, desaparece *in ipso congressu* o poder de disposição de um e de outra. O sêmen está na esfera de poder do homem e o óvulo na esfera de poder da mulher, mas o produto da fusão de uma e outra destas células situa-se em outra ordem de interesses. A Lei n. 11.105/2005 confunde os valores em jogo e fere a dignidade da pessoa humana, que, ironicamente, pretende promover. Ao pôr seres humanos embrionários à disposição de objetivos científicos e práticas terapêuticas, instrumentaliza-os e degrada a dignidade de que são portadores. Converte-os em *coisas*, o que, definitivamente, não são¹⁹.

É nessa subversão de ordens que incorre José Arthur Gianotti, quando afirma serem os embriões “propriedade de seus genitores”. Para em seguida acrescentar, prolongando seu equívoco:

E até mesmo segundo o conceito liberal de propriedade, são eles quem têm o direito de determinar seu destino, seja para o congelamento até o fim dos séculos, seja para o uso científico, seja para o lixo²⁰.

13. NÓS E OS OUTROS

Uma revista alemã divulga sem maiores comentários, como se os fatos subjacentes não os merecessem, uma notícia aparentemente prosaica: “A obtenção de células-tronco é proibida na Alemanha, mas não sua importação do Exterior”²¹.

Sabe-se que as pesquisas envolvendo as células-tronco são altamente controvertidas e têm trazido para a mesa de discussão os mais diversos segmentos da sociedade. Biólogos, juristas, teólogos, políticos que se envolvem com o tema estão longe de um consenso em todos os pontos

¹⁹ Tratar o embrião como coisa pode ser o passo inaugural do fenômeno que Brunello Stancioli chamou de *objetificação* do homem, termo em favor do qual argumenta: “O neologismo pareceu inevitável, pois não foi encontrado vocábulo, em português, que designasse a ‘condição de tornar objeto’. Assim, lançou-se mão dos vocábulos latinos *objectum* e *facere* (fazer objeto) para cunhar tal palavra. A língua inglesa emprega o equivalente *objectification*, amplamente utilizado na doutrina bioética”: STANCIOLI, Brunello Souza. *Relação Médico-Paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 25.

²⁰ Liberdade Vigida. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 23 mar. 2008, [cad.] Mais!, p. 3.

²¹ LORECK, Leonie. Biomedizin im Zwiespalt: Mehr Spielraum für Stammzellforscher. *DAAD Letter*, Bonn, Apr. 2008, S. 18.

e por isso as decisões a respeito caminham com explicável lentidão. Estando as coisas neste pé, a Alemanha prefere não autorizar a produção de células-tronco no seu país. Mas não se opõe a que elas sejam trazidas de fora. Em termos mais claros e analíticos, ou menos pudicos: *Nós* temos reservas (éticas) contra a prática. Se outros países não as têm, isso não é conosco. *Podemos* fazer vir as células de lá. Respeito à divergência? Só aparentemente. Se a Alemanha não faz, mas não se importa que outros façam, está, no mínimo, revelando insensibilidade para com o que ocorre no Exterior, embora não se trate de uma questão peculiar a povos, culturas ou sistemas políticos, senão ao gênero humano simplesmente. Sinaliza que suas reservas éticas são limitadas ao seu país e, portanto, se inspiram em uma idéia *local* de dignidade da pessoa humana. Tudo o que a dignidade da pessoa humana não é. A universalidade está no mais íntimo do seu ser. E, se admitem importar as células, ainda estimulam sua produção alhures. O que não é bom em seu país, deixaria de ser mau em outros? Pragmatismo político ou ética do cinismo? Impossível não lembrar Pascal, no seu desconcerto diante da flutuação dos valores: “*Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà*”²².

14. INTERVENÇÃO SOBRE A NATUREZA: UM BEM EM SI?

O simples fato de poder intervir sobre a natureza, controlar as leis da causalidade física, alterar, por mínimo que seja, o curso do cosmos remunera o ser humano na sua sede de vaidade, sua ânsia de poder e nas demandas claras ou obscuras de seu orgulho. Como vaidade, poder e orgulho não são moedas de trânsito fácil, a astúcia os trasveste pronto em vitória da luz sobre as trevas, da inteligência sobre a força, da razão sobre o caos. É por aí que também entra fácil a contrafação da dignidade aplicada à pessoa humana.

Será que toda pesquisa científica e toda proeza da técnica podem ser creditadas como serviços, diretos ou indiretos, à dignidade da pessoa humana? Uma pergunta capaz de chamar sobre quem a formule as iras do *establishment* e por cuja resposta talvez fosse melhor não procurar nos limites de uma cultura da *correção*, nome edulcorado para a cultura da *debilidade*. O politicamente correto, o socialmente correto, o *isso*

²² *Pensées*: 60 da edição Lafuma, 294 da edição Brunschwig e 230 da edição Jacques Chevalier. Cf. PASCAL [Blaise]. *Pensées*. Texte établi et annoté par Jacques Chevalier, Paris: Le Livre de Poche, 1962, p. 118.



ou *aquilo* correto nada mais são que expedientes para varrer questões embaraçosas para debaixo do tapete.

Que qualquer triunfo da ciência e da técnica constitua avanço indiscutível para o bem comum da criação foi posto em causa recentemente com o sucesso, de resto fugaz, da clonagem de uma cabra que vivia nos Pirineus, a *capra pyrenaica pyrenaica*, da subespécie *ibex-dos-pirineus*. A propósito registrou a *Revista da Semana*:

O feito abre as portas para que espécies extintas ou em extinção possam ser preservadas. Mas levanta igualmente questões cruciais. Por que interferir no processo de seleção natural e reviver espécies extintas? Quais podem ser as consequências dessa seleção artificial? Será que, mesmo que clonados com eficácia, esses animais sobreviverão? Quem ensinará ao ibex-dos-pirineus como se *comportar* como um ibex-dos-pirineus? pergunta a revista *Scientific American*. Imagine como ficariam hoje animais extintos há, digamos, 10 mil anos, como o mamute. E, ainda que em número suficiente, será que animais clonados poderão ser reintroduzidos na natureza ou terão de viver em cativeiro para sempre?²³.

15. DEMOCRACIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Qualificar a democracia como exigência da dignidade humana parece um exagero ou, pelo menos, uma falta de medida no trato com uma idéia tão grave e austera. Nesse sentido, chegar a tanto seria uma forma de incorrer na banalização para a qual se acenou aqui (*cf. supra*, n. 2). Mas é certo que as idéias se aproximam. Com efeito, se não se pode estabelecer *a priori* o que seja um regime político justo e perfeitamente adequado à dignidade humana, é-se levado a crer que a melhor conduta é consultar a maioria. A maioria terá então a responsabilidade de definir soluções políticas que honrem a dignidade humana. Ainda que um regime autocrático pudesse, em tese, fazê-lo melhor, haveria de lhe faltar sempre o selo do consenso e, sem este, impor-se a dúvida geral se as coisas não poderiam andar melhor.

Digamos, então, que a democracia é o regime que melhor promove a dignidade da pessoa humana. Em uma democracia temos, bem ou mal,

²³ São Paulo, ed. 74, 12 fev. 2009, p. 29.

o que nós próprios escolhemos, nos limites, é claro, de complexidade das grandes organizações. Se não é o melhor para todos, há um dever político de cada um em dar-se por satisfeito, uma vez que teve, em qualquer caso, a oportunidade de expressar sua preferência.

E se se tratar de um plebiscito? O plebiscito é a mais universal forma de consulta da opinião pública. É a prática democrática direta, sem mediações nem perífrases. Daí que uma escolha plebiscitária é incensurável no foro público. Claro que cada um conserva o seu direito de gostar ou de não gostar e de pugnar por outras soluções. Mas criticar publicamente uma decisão plebiscitária e, mais grave ainda, tê-la por “um contra-senso” soa, no mínimo, deselegante ou hostil ao *fair play* da vida pública. Para não dizer, desde logo, manifestação de *intolerância civil*. Pois foi nesse deslize que incorreram o *Los Angeles Times* e Aaron Hiclin, no *Guardian*, segundo reproduções da *Revista da Semana*²⁴. Nestas fontes da imprensa não se quis aceitar o fato de que na Califórnia (justo na Califórnia!) um plebiscito rejeitou, por 52,1% dos votos, a proposta de casamento entre homossexuais.

BIBLIOGRAFIA

AYLLÓN, Jesús. Biotecnología y dignidad humana en la jurisprudencia. In: MARTÍNEZ MORÁN, Narciso (coord.). *Biotecnología, derecho y dignidad humana*. Albolote: Comares, 2003.

CIMBALI, Enrico. *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*. 4. ed., Torino: UTET, 1907.

COLLUCI, Cláudia. Selecionado, Bebê Nasce sem Gene que gera Câncer de Mama. *Folha de S. Paulo*, [São Paulo], 10 jan. 2009.

GIANOTTI, José Arthur. Liberdade Viglada. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 23 mar. 2008, [cad.] Mais!

JOLOWICZ, H. F. Some Curiosities in the History of the Commorientes Rule. In: ARANGIO-RUIZ, Vincenzo *et alii*. *Festschrift Fritz Schulz*. Bd. 2, Weimar: Böhlau Nachf., 1951.

KASS, Leon R. *Life, Liberty and the Defense of Dignity: The Challenge for Bioethics*. Paperback ed., San Francisco: Encounter Books, 2004.

²⁴ Cf. A proibição do casamento gay é um contra-senso. *Revista da Semana*, São Paulo, ed. 62, 13 nov. 2008, p. 6.

KATHER, Regine. *Person: Die Begründung menschlicher Identität*. Darmstadt: Wissenschaftl. Buchgemeinschaft, 2007 ©.

LORECK, Leonie. Biomedizin im Zwiespalt: Mehr Spielraum für Stammzellforscher. *DAAD Letter*, Bonn, Apr. 2008.

MANTOVANI, Flávia. Casal faz FIV para Impedir Doença Genética. *Folha de S. Paulo*, [São Paulo], 1º fev. 2009.

MONIER, Raymond. *Vocabulaire de droit romain*. 4. ed., Paris: Domat-Montchrestien, 1949.

OLIVEIRA, Cida de. Na Barriga da Mãe. *Saúde!* [São Paulo], out. 2008.

PASCAL, [Blaise]. *Pensées*. Texte établi et annoté par Jacques Chevalier, Paris: Le Livre de Poche, 1962.

PASTORE, Karina. A Escolha mais Difícil. *Veja*, [São Paulo], 03 fev. 1999.

Revista da Semana, São Paulo, ed. 62, 13 nov. 2008.

Revista da Semana, São Paulo, ed. 74, 12 fev. 2009.

STANCIOLI, Brunello Souza. *Relação Médico-Paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TIEDEMANN, Paul. *Was ist Menschenwürde? Eine Einführung*. Darmstadt: Wissenschaftl. Buchgemeinschaft, 2006©.

VILLELA, João Baptista. *O Direito de Família no Senado: Emendas ao Projeto de Código Civil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1985.

**VOLUME DE PROCESSOS E
INSTRUMENTOS DE SOLUÇÃO**

Sidnei Beneti

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça
Presidente Honorário da União Internacional
de Magistrados UIM - Roma*



VOLUME DE PROCESSOS E INSTRUMENTOS DE SOLUÇÃO

Sidnei Beneti

1.- O Superior Tribunal de Justiça chega aos Vinte Anos, superado o marco da maioria, de acordo com o Código Civil de 2002 vigente, e às vésperas, segundo Código Civil de 1916, sob o qual nasceu.

A influência dos julgados do STJ na sociedade brasileira jamais poderá ser exagerada, pois o supervalor que contém é eloquente por si só. Basta rápido relançar de olhos no dia-a-dia das relações jurídicas e sociais para se ver que a jurisprudência do STJ ultrapassou há muito os limites dos autos em que as questões foram julgadas, incrustando-se definitivamente no atos jurídicos ocorridos sob a regimento de sua jurisprudência, no geral da aplicação da lei pela sociedade.

Veja-se a relevância dos julgados do STJ, em rápido exemplificar, nas relações familiares, sucessórias, na aplicação do Código de Defesa do Consumidor, nos Planos de Saúde, nas relações estatutárias de servidores públicos, nas responsabilidades do Poder Público e dos governantes ante a *res publica*, na matéria tributária, na previdenciária, no novo sistema de prisão e liberdade, no regime prisional e tantos outros.

O STJ, recorde-se, desde que criado, vem enfrentando enorme instabilidade legislativa, com o dever de definir diretrizes jurisprudenciais. Norteou a aplicação infra-constitucional da Constituição de 1988, forneceu bases para a implantação do novo Código Civil de 2002, acode às reformas administrativas, interpreta e aplica as sucessivas reformas

processuais civis e penais, em suma, age como que a definir os rumos jurídicos do vôo atual da sociedade nacional durante a constante duração do voo!

Inviável a exemplificação exauriente, no mar de julgamentos do STJ que vieram seguramente a dividir os tempos do Poder Judiciário Brasileiro em antes e depois da criação do STJ.

2.- Se não fosse por mais, os números já seriam eloquentes o suficiente para mostrar a funda atuação do STJ na sociedade.

Com efeito, para ficar somente no ano de 2008, o Tribunal, com 33 Ministros, recebeu 277.449 processos e julgou 354.042. Nenhum Tribunal no mundo chegou a tanto. Integrante da 3ª Turma, Seção de Direito Privado, até hoje não pude crer que de meu Gabinete, graças ao esforço de admirável equipe de trabalho, saíram votos e decisões monocráticas no ano de 2008, sempre mais de 2000 por mês, meta mensal do Gabinete no ano, e que, dos 21.423 processos recebidos no primeiro ano de trabalho, entre os que lhe foram atribuídos ao chegar e os novos, restavam no Gabinete “apenas” 4.351 ao fim de dezembro de 2008.

O novo ano que se inicia, sob o ativo comando da Presidência e da Vice-presidência, a cargo dos Ministros Cesar Rocha e Ari Pargendler, enfrenta os imensos desafios da digitalização dos autos, mediante a supressão do suporte-papel, da informatização dos julgamentos e da redução do número de processos repetitivos, sob os auspícios da Lei n. 11.672, de 08.05.2008.

3.- Fiquemos neste último desafio, o do volume dos processos. A matéria lida com aquilo que há tempos vem preocupando os profissionais da Justiça de todo o mundo – pois o fenômeno, longe de ser brasileiro, é universal.

Tive a oportunidade de enfrentar o assunto, expondo minhas posições a respeito, em quatro escritos, cujo conteúdo deve-se sugerir para a compreensão da matéria.¹

E, bem ciente de que a prática muitas vezes zomba das mais belas teorias, tive o cuidado de, quando possível, ir ver *in loco*, como

¹ Regulamentada pela Resolução STJ n. 8, de 07.08.2008.



funcionavam os Tribunais Superiores mais eficientes do mundo, aproveitando-me do conhecimento pessoal adquirido aos tempos em que tive a honra de presidir a União Internacional de Magistrados - UIM, que é a associação mundial de Juízes, sediada em Roma e órgão consultivo das Nações Unidas para Judiciário e Magistratura – isso antes que a posse no STJ me tornasse quase sepultado em vida, ante a massa ingente de trabalho do madrugar ao tarde da noite, todos os dias, inclusive em fins de semana!

5.- No primeiro escrito, obra em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, coordenada pelos Professores Ministro Luiz Fux, Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier², tratei de analisar as formas pelas quais se consolidam as decisões judiciais estáveis nos diversos sistemas judiciários em Direito Comparado, constatando a superioridade e eficiência de sistemas como os em uso nos Estados Unidos, Reino Unido e Comunidade Britânica e França, por intermédio de procedimentos como o do *Certiorari*, da *Verfassungsklage* e seu correspondente *Verfassungsbeschwerde* e da *Permission pour Appeller*.

6.- No segundo escrito, destinado a obra em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover, coordenada pelos Professores Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes³, preocupei-me com o a “Assunção de Competência e o ‘fast-track’ Recursal”, enfatizando a necessidade de os Tribunais Estaduais e Regionais Federais usarem do instituto da Assunção de Competência, análogo ao da Afetação nos Tribunais Superiores, previsto no art. 555, § 1º, do Código de Processo Civil, com a redação da Lei n. 10.352/2001: “Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso”.

Vê-se com enorme satisfação que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a despeito das dificuldades decorrentes do gigantismo, conseguiu, no âmbito da Seção de Direito Público, realizar julgamento

² em *Processo e Constituição - Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, pp. 473/487;

³ “Assunção de Competência e ‘fast-track’ Recursal”, em *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ Editora, 2005, pp. 790/799.

em Assunção de Competência, definitivizando a orientação do Tribunal – e não apenas de Desembargadores, Turmas ou Câmaras, a respeito de matéria.

A Assunção de Competência ajunta-se ao “*fast-track*” recursal para questões multitudinárias sazonais, isto é, abre-se o caminho para matérias cujos processos sejam apenas uma unidade de “macro-lide” instalada na sociedade – p. ex., correção monetária de cadernetas de poupança, ações decorrentes de telefonia, pretensões de servidores públicos, questões tributárias etc – percorram rápida e preferencialmente os graus de jurisdição, ensejando-se célere deslinde pelo Tribunal competente e abrindo-se o caminho para a chegada – também em “*fast-track*” aos Tribunais Superiores, dotados, agora, estes, do instrumento acelerador e pacificador da Lei de Processos Repetitivos.

7.- No terceiro escrito, em verdade uma agradável entrevista dada ao sempre profícuo e inovador periódico por *Internet CONJUR* – Consultor Jurídico, por intermédio dos jornalistas Rodrigo Haidar e Adriana Aguiar, entrevista a que a vivacidade jornalística deu o título de “Solução Caseira”⁴, preocupei-me em explicar o que seria uma Assessoria Avançada, cujas bases lancei aos tempos em que Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo – isto é, um núcleo, junto à Presidência do Tribunal ou da Seção do Tribunal, para o enfrentamento, em filtro direto e imediato, de processos que contenham teses de há muito pacificadas, e que possam, à ausência de novos argumentos, ser resolvidos de pronto, sem sobrecarregar o trabalho intelectual e físico dos julgadores dos Tribunais.

A Presidência do STJ, ao tempo em que exercida pelo Ministro Raphael de Barros Monteiro, veio a criar órgão bem próximo ao dessa Assessoria Avançada, constituído pelo Núcleo de Agravos da Presidência⁵, que opera o primeiro embate seletivo das questões que ingressam no Tribunal, julgando desde já as questões repetitivas e liberando o acesso das demais aos Ministros a que distribuídos os processos.

Interessante notar que esse tipo de experiência é velho no mundo, registrando-se, por exemplo, a atuação do Magistrado e grande civilista

⁴ Consultor Jurídico de 28.10.2008.

⁵ Resolução n. 4-STJ, de 30.11.2006 - Núcleo de Agravos da Presidência.



Professor Mazzeau em órgão semelhante na *Cour de Cassation* da França, tendo o grande jurista, exatamente diante da cuidadosa análise do ingresso de casos na Corte, obtido farto material para a extraordinária metodização da doutrina de responsabilidade civil que veio a inexcedivelmente expor.

8.- O quarto escrito foi destinado a volume organizado pelo Professor Paulo Bonavides para livro em homenagem ao Ministro Cesar Rocha⁶, eleito Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Nesse trabalho a preocupação é a confluência dos estudos anteriores à novidade da Lei dos Processos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 08.05.2008), assinalando o avanço no enfrentamento do volume de processos e salientando que se trata de importante passo na construção de um aparelhamento de Justiça mais bem operacionalizado em prol da sociedade.

9.- No âmbito operacional-prático, minha observação “*in loco*” girou em torno de institutos como o “*leave to appeal*” do Direito da “*Commonwealth*”, a “*permission pour appeller*” francesa e do “*judice prejudiciel*” da Corte das Comunidades Européias, no Luxemburgo.

São institutos de diferentes formações e diverso procedimento, os quais, contudo, fazem falta ao Direito Processual nacional, sobretudo para os Tribunais Superiores – em que “*leave to appeal*”, isto é, a admissibilidade, é feita pelo próprio Relator, caso a caso, examinando os autos que lhe chegam sem prévia triagem, geralmente por decisões monocráticas do próprio Relator, que em grande parte dos casos são seguidas de outros três exames judiciais do mesmo caso, os Embargos de Declaração da monocrática, o Agravo Regimental e os Embargos de Declaração do Regimental – quando não há segundos ou terceiros Embargos, em longo exercício de volta do mesmo processo a reexame pelo mesmo Relator, tornando-o inesgotável hermenêuta de si próprio – com raras, embora ocorrentes na massa de processos, hipóteses de constatação, realmente, de erro desses de fazer voltar atrás.

10.- É claro que há preocupações práticas e sistemáticas em meio ao oceano de novidades nos novos instrumentos processuais destinados ao uso nos Tribunais Superiores. Entre elas, só para rápida exemplificação não exaustiva: a) como isolar, em, processo regido pelo princípio da unicidade dos autos, em que se cumulam múltiplas teses, como o do

⁶ “Reformas de Descongestionamento de Tribunais”, no prelo.

processo brasileiro, em que possível cumular várias pretensões diferentes, unicamente a “tese-piloto” que deva ser submetida à Assunção de Competência, ao “filtro”; *b*) como fazer paralisar, como se idênticos, casos multitudinários que se pensam iguais ao “piloto” enviado ao Tribunal Superior, mas nos quais o empenho de patrocínio diligente pode pinçar, real ou imaginariamente, questões de diferença, de modo a se abrir ensejo a Agravos e Reclamações para a subida de processos que deviam restar paralisados ante a subida do “piloto”; *c*) o que fazer no “*day after*” ao julgamento do processo-piloto, no mar de processos paralisados nos Tribunais de origem, o que a Lei não diz, e o que exigirá a elaboração de normas regimentais que bem estabeleçam se devem ser geridos pela Presidência de cada Tribunal, ou pelos Relatores, correndo-se o risco de, no caso de novas decisões, sobretudo a de cassação de decisões diversas das dos processos-piloto, retomar-se de novo a recorribilidade que teria apenas sido retrasada.

11.- Imenso o desafio sobre os ombros do STJ, ao completar os Vinte Anos. Mas desafios são para serem vencidos e é o que se fará, ainda que tal custe outros vinte anos. Mas é preciso alertar: se não dominada a massa de processos, que estão levando Ministros e Servidores do STJ⁷ à exaustão física, comprovada em tantos casos do dia-a-dia, que redundam no dilema entre aposentadoria precoce e exaurimento da vida – se não descobertos caminhos úteis para o progressivo amontoar-se de trabalho sobre as costas do Tribunal e de seus Ministros, fatalmente se terá o duro vaticínio que vem do Oriente, de que – “a última pequena palha é a que quebra o forte costado do elefante”.

⁷ Homenageando todos os Servidores, peço licença para agradecer aos servidores de meu Gabinete no ano de 2008, os quais prestaram relevante serviço, com organização e marcante produtividade, sob a direção da Chefe de Gabinete, Dra. Sílvia Vieira e Silva Pova: Alexandre Henrique Miosso, Aline Reis Motta, Ana Paula Henrique da Silva, Carlos Magno M. A. Fernandes, Claiton de Souza, Daniela Silvestre Pinheiro, Domingos Riomar Novaes, Duane Carvalho de Queiroz, Eloísio Magalhães Silva, Eunice de Alencar Mendes, Gilberto Gomes da Silva, Glória A. Salles dos Santos, Humberto José P. Batista, Ilmane Oliveira Fonseca, Isabella F. H. Vaz, Jozilene de Souza Fonseca, Lucas Wolff Edreira, Luiza Mayara N. Silva, Marco Aurélio P. Aranha, Nishlei Vieira de Mello, Olga Almeida da Silva, Oneida Tarrago Jaques, Patrícia Helena F. Ribeiro, Renata Cascão, Ricardo Giannetti, Rita de Cássia de C. C. Coutinho, Rosana Riquelme da Cunha, Waleska Bertolini Mussalem e Wanderson da Silva Souza.

*Superior Tribunal de Justiça
Gabinete do Ministro Diretor da Revista*

Impressão

Seção de Reprografia e Encadernação - STJ

Editoração

Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ

Projeto gráfico

Coordenadoria de Programação Visual - STJ